FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DU

CAUTIONNEMENT RÉEL

THÈSE DE DOCTORAT

PAR

Georges CAILLAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

POITIERS

SOCIÉTÉ FRANÇAISE D'IMPRIMERIE ET DE LIBRAIRIE

(TYPOGRAPHIE OUDIN ET C^ie^)

4, RUE DE L'ÉPERON, 4

—

1897

QUELQUES MOTS D'UN

THÈSE DE DOCTORAT

par

Georges CANLORBE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547322_0042

THÈSE DE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. LE COURTOIS (✲, I ⚘), Doyen, Professeur de Code civil.
DUCROCQ (O. ✲, I ⚘), Doyen honoraire, Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.
THÉZARD (I ⚘), Doyen honoraire, Professeur de Code civil, Sénateur.
ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ⚘), Professeur de Code civil, assesseur du Doyen.
NORMAND (I ⚘), Professeur de Droit criminel.
PARENTEAU-DUBEUGNON (I ⚘), Professeur de Procédure civile.
ARTHUYS (I ⚘), Professeur de Droit commercial et chargé du Cours de Droit maritime.
BONNET (I ⚘), Professeur de Droit romain.
PETIT (I ⚘), Professeur de Droit romain et chargé du Cours de Science et Législation financières.
BARRILLEAU (I ⚘), Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif pour le Doctorat.
N... Professeur d'Économie politique.
SURVILLE (I ⚘), Professeur de Droit international public et privé, et chargé d'un Cours de Droit civil.
PRÉVOT-LEYGONIE (A ⚘), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat) ; de Principes du Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat), chargé du Cours de Droit International public (2e année).
MICHON, Agrégé, chargé du Cours d'Histoire générale du Droit français et des éléments du Droit constitutionnel (1re année) et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).
CHÉNEAUX, Agrégé, chargé des Cours d'Économie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Économie rurales.
GIRAULT, Agrégé, chargé du Cours d'Économie politique et du Cours de Législation et Économie coloniales.
ROCHE (I ⚘), Secrétaire.
COULON (I ⚘), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : M. F. SURVILLE.
Suffragants : { MM. ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE.
CHENEAUX, *agrégé*.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DU

CAUTIONNEMENT RÉEL

THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue le vendredi 22 janvier 1897, à 3 heures

PAR

Georges CAILLAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

POITIERS

SOCIÉTÉ FRANÇAISE D'IMPRIMERIE ET DE LIBRAIRIE

(TYPOGRAPHIE OUDIN ET C^ie^)

4, RUE DE L'ÉPERON, 4

—

1897

DU

CAUTIONNEMENT RÉEL

INTRODUCTION

1. — « Quiconque s'oblige oblige le sien », dit un vieil adage, et tel est le principe que notre article 2092 a consacré.

Tout individu qui contracte une dette engage, par là même, sinon sa personne physique, comme dans le droit très ancien, du moins cet attribut de toute personne humaine, son patrimoine. Le débiteur est obligé sur tous ses biens présents et à venir; tous sans distinction sont exposés à être saisis et vendus par le créancier si, au jour de l'échéance, celui-ci n'obtient pas son paiement.

C'est pour le débiteur actuel, qui ne peut être frappé que dans sa fortune, une situation infiniment moins dure que celle qui était faite au débiteur de jadis, dont la vie et la liberté étaient à la merci du créancier.

Et pourtant, ne serait-il pas possible d'adoucir encore

plus la situation du débiteur, et de lui permettre de restreindre davantage les droits de son créancier vis-à-vis de lui, en n'engageant au paiement de sa dette que des biens déterminés, ces biens étant grevés d'un droit réel ?

Ce droit d'échapper ainsi à l'article 2092, droit qu'il serait sans doute difficile d'accorder à un débiteur ordinaire, la loi le reconnaît implicitement à celui qui consent à garantir la dette d'autrui, à celui qui consent, suivant l'expression romaine, à se constituer « *intercessor* ».

Comme il s'agit là d'un acte de bienfaisance que la loi ne peut voir qu'avec faveur, il y avait lieu de ne pas contrarier les intentions de ceux qui acceptent de cautionner leurs parents ou leurs amis ; il était sage de leur permettre de s'obliger comme ils l'entendraient, d'engager leur patrimoine tout entier ou seulement l'un de leurs biens en le grevant d'un droit réel.

Cette combinaison qui présente des avantages pour la caution n'est pas sans en présenter aussi pour le créancier. Il est souvent préférable en effet d'avoir un droit portant sur un bien qu'on pourra suivre partout, et sur lequel on sera préféré aux autres créanciers, que d'avoir un droit sur l'universalité d'un patrimoine, ce patrimoine étant toujours sujet aux plus grandes fluctuations et pouvant arriver à ne plus présenter qu'un actif trop faible pour faire face aux engagements pris.

2. — Il est certain que ce procédé de garantie, que nous appelons cautionnement réel, n'est pas le premier qui ait été inventé.

A quelle époque fit-il son apparition ? Il serait

difficile de le dire : toutefois on peut conjecturer que l'idée ne vint d'y recourir que lorsque les sûretés réelles eurent atteint un certain degré de développement.

A Rome, lorsqu'on ne connaissait que le procédé des aliénations fiduciaires, il est probable que peu de personnes consentaient ainsi à transférer un bien au créancier d'autrui, sur la simple promesse faite par ce créancier de retransférer ce bien dès que la dette aurait été payée par le débiteur.

Lorsque les actions « *servienne* » et « *quasi servienne* » eurent été introduites, alors le cautionnement réel dut être employé. Entra-t-il vraiment dans la pratique courante? C'est peu probable, si on en juge par le petit nombre des textes qui y font allusion.

Toutefois certaines dispositions du Digeste parlent de cette convention : « *Dare autem quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro aliena* », dit Marcianus (loi 5, par. 2, livre 20, titre I).

Ulpien, dans la loi 8 pr., livre 16, titre I, suppose l'intercession d'une femme se produisant par la constitution d'un gage.

Il faut citer en outre la loi 38, livre 17, titre I, qui prévoit le cas d'une hypothèque fournie pour la dette d'autrui. Dans ce texte, Marcellus nous indique quels sont les principes d'après lesquels il faut régler la libération du bien hypothéqué.

« *Lucius Titius Publio Mævio filio naturali domum com-*
« *munem permisit, non donationis causa, creditori filii obli-*
« *gare ; postea Mævio defuncto, relicta pupilla, tutores*
« *ejus judicem adversus Titium acceperunt, et Titius de mu-*

« *tuis petitionibus : Quæro, an domus pars, quam Titius*
« *obligandam filio suo accommodavit, arbitratu judicis libe-*
« *rari debeat? Marcellus respondit, an, et quando liberari*
« *debeat, ex persona debitoris, itemque ex eo, quod inter*
« *contrahentes actum esset, ac tempore, quo res, de qua*
« *quæreretur, obligata fuisset, judicem æstimaturum :*
« *est enim earum specierum judicialis quæstio, per quam*
« *res expediatur.* »

§ 1. « *Non absimilis illa, quæ frequentissime agitari solet,*
« *fidejussor an, et priusquam solvat, agere possit, ut libere-*
« *tur? Nec tamen semper expectandum est, ut solvat, aut*
« *judicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus*
« *cessavit, aut certe bona sua dissipavit : præsertim si domi*
« *pecuniam fidejussor non habebit, qua numerata creditori,*
« *mandati actione conveniat.* »

A la question de savoir comment et quand la caution pourra être libérée, Marcellus répond que cela dépend du débiteur, des clauses de la convention, du temps écoulé depuis l'affectation.

Puis il ajoute que la situation de cette caution réelle ressemble à celle du fidéjusseur, et que, comme lui, cette caution pourra, par l'action de mandat, agir contre le débiteur avant d'avoir payé, quand ce débiteur tardera ou quand il dissipera ses biens : surtout s'il n'a pas l'argent chez lui pour payer.

Il résulte de ce texte que la situation de la caution réelle est assimilable à celle du fidéjusseur, que, par suite, es mêmes règles s'appliquent à l'une et à l'autre.

Nous ne les indiquerons pas, puisqu'il n'y a rien de spécial à signaler. Notons cependant que cette caution

réelle pourra poursuivre les fidéjusseurs au moyen de la cession d'actions, mais devra, comme tout fidéjusseur, diviser son recours et ne poursuivre chacun que pour sa part. A l'inverse elle pourra être poursuivie par le fidéjusseur qui aura désintéressé le créancier ; mais elle le sera par l'action hypothécaire, laquelle action s'exercera sur tout le bien hypothéqué, tout en ne visant cependant qu'une partie de la dette.

Cette situation de la caution réelle a-t-elle été modifiée par la Novelle IV de Justinien? On l'a prétendu (Thèse pour le Doctorat par Moïse Delprat, Paris, 1885 : *Du Cautionnement réel*, p. 88), et pourtant il est difficile de se prononcer. Cette Novelle, en effet, ne prévoit nullement le cas d'une caution réelle. Elle règle l'ordre dans lequel le créancier devra exercer ses poursuites. Ce créancier devra, s'il en est requis, s'attaquer d'abord au débiteur principal, puis aux fidéjusseurs, et en dernier lieu seulement aux tiers détenteurs de biens hypothéqués : il devra d'ailleurs, dans ce cas, poursuivre les biens grevés par le débiteur lui-même avant de poursuivre les biens grevés par les fidéjusseurs pour garantie de la dette accessoire qu'ils ont assumée. D'autre part, contre un fidéjusseur encore propriétaire d'un bien hypothéqué par lui, le créancier devra d'abord se servir de l'action personnelle avant de recourir à l'action hypothécaire.

Que peut-on déduire de tout cela, relativement au point qui nous occupe? Rien de bien certain.

On a affirmé qu'il résulte de cette Novelle que la caution réelle devait être poursuivie après les fidéjusseurs et après les tiers détenteurs de biens hypothéqués par le débiteur.

C'est possible, mais non certain, car il serait tout aussi légitime de prétendre qu'elle pouvait être poursuivie avant ces tiers détenteurs. On peut parfaitement, en effet, ne pas vouloir assimiler cette caution réelle au détenteur d'un bien hypothéqué par un fidéjusseur, car le tiers détenteur, à la différence de notre caution, n'a pas constitué lui-même l'hypothèque. On peut vouloir la considérer comme un fidéjusseur qui ne peut être poursuivi qu'hypothécairement, mais qui en sa qualité de caution doit subir ces poursuites avant tout tiers détenteur.

Aussi pensons-nous que cette Novelle n'ayant pas trait à notre sujet, et ne nous donnant rien de bien précis, il est préférable de n'en pas tirer de conclusions, relativement à la situation de la caution réelle dans le droit de Justinien.

3. — Dans notre ancien droit, il est certain que le cautionnement réel dut être peu pratiqué. Il ne pouvait, en effet, présenter d'avantages que pour la caution et n'en présentait aucun pour le créancier, qui en pareil cas fait généralement la loi. Ce créancier trouvait, dans un simple cautionnement personnel consenti par acte notarié, ce qui avait lieu le plus souvent, une garantie beaucoup plus énergique, puisqu'il obtenait par là tous les avantages à la fois d'un cautionnement personnel et d'un cautionnement réel, l'acte notarié ayant pour résultat de lui conférer une hypothèque générale sur tous les biens de l'*intercessor*.

Toutefois le cautionnement réel n'était pas complètement inconnu, comme le prouve un texte de Ferrière (*Cout. de Paris*, t. II, p. 40, n° 13) permettant à la caution

réelle qui a consenti un gage de se libérer par le déguerpissement.

4. — Le cautionnement réel s'est-il développé dans nos temps modernes?

Oui ; et sans être encore d'un usage fréquent, il entre dans nos mœurs, et cela par suite de la vulgarisation du prêt sur titres, par suite aussi des exigences de la loi relativement aux garanties que certains fonctionnaires doivent fournir.

Les valeurs mobilières, les créances contre les grandes compagnies industrielles et commerciales ont acquis, de nos jours, une importance considérable ; et ces biens nouveaux qui occupent maintenant une si grande place dans les fortunes peuvent servir d'instrument de crédit. Une personne qui veut emprunter donne des titres en gage à son prêteur ; si elle n'a pas de titres, elle trouve souvent des parents ou des amis qui consentent à engager en sa faveur des titres leur appartenant.

D'autre part, les conservateurs des hypothèques sont tenus par la loi de fournir, outre le cautionnement ordinaire des fonctionnaires répondant de leur gestion envers l'Etat, un autre cautionnement, destiné à garantir les dettes de responsabilité dont ils peuvent être tenus envers les particuliers. Ils doivent, pour cette seconde sûreté, donner des rentes sur l'Etat ou des hypothèques sur leurs immeubles, et le plus souvent dans la pratique, ce sont des tiers, des parents ou des amis qui fournissent en totalité ou en partie ces sûretés réelles : les tiers consentent donc souvent à hypothéquer leurs immeubles pour la garantie des dettes

éventuelles du conservateur des hypothèques, et nous nous trouvons ainsi en présence d'une application pratique et fréquente du cautionnement que nous avons à étudier.

5. — Comme nous allons l'indiquer dans un instant, le contrat dont notre cautionnement réel se rapproche le plus, avec lequel il ait le plus de ressemblance, est le cautionnement proprement dit, réglementé par le code civil dans les articles 2011 à 2043 ; il nous semble donc rationnel, pour bien indiquer les différences qui distinguent ces deux sortes de garanties, d'adopter comme mode de nos développements futurs, le plan même suivi par le code dans le titre 14e du livre III.

Après avoir indiqué dans un premier chapitre la nature du cautionnement réel et développé les formes sous lesquelles il se présente, nous étudierons, dans un second chapitre, les effets de ce cautionnement, pour terminer par envisager en dernier lieu les causes de son extinction.

CHAPITRE I

NATURE JURIDIQUE DU CAUTIONNEMENT RÉEL ET SES CONDITIONS DE CONSTITUTION

SECTION PREMIÈRE.

Nature juridique.

6. — Avant d'entrer dans l'étude détaillée des règles qui gouvernent le cautionnement réel, il est nécessaire de donner une idée générale de ce contrat et de faire remarquer quels avantages et quels inconvénients il présente pour ceux qui veulent l'adopter comme procédé de garantie.

Les dangers du cautionnement personnel sont connus : la caution, en s'engageant « à satisfaire à l'obligation du débiteur, au cas où celui-ci n'y satisferait pas lui-même » (2011), contracte une obligation personnelle dont elle est tenue sur tous ses biens et court ainsi le risque de voir son crédit compromis ou sa fortune ébranlée par la faute ou l'imprudence d'autrui : « qui cautionne paie », dit le proverbe.

Aussi comprend-on facilement que la personne la plus obligeante hésite devant une pareille responsabilité, et essaie, tout en rendant service au débiteur, au sort duquel

elle s'intéresse, de sauvegarder son propre intérêt et d'assurer sa tranquilité.

Il est un moyen pour elle d'obtenir ce double résultat : c'est d'accorder au créancier, pour garantie de la dette contractée, une sûreté réelle (gage, antichrèse, hypothèque) affectant spécialement l'un quelconque de ses biens. De la sorte, cette personne, tout en procurant au débiteur le crédit qui lui fait défaut, n'a pas tant à redouter l'insolvabilité possible de son obligé, car elle limite le droit de poursuite du créancier au seul bien qu'elle engage.

Cette personne, nous l'appelons une caution réelle, et nous pouvons la définir : la personne qui, voulant garantir la dette d'autrui sans s'obliger personnellement, confère une sûreté réelle affectant spécialement l'un de ses biens.

7. — Le cautionnement réel désigne donc le contrat intervenu entre cette caution réelle et le créancier, et cette expression caractérise bien la nature de la convention : par l'emploi du mot cautionnement, on indique qu'il s'agit d'une garantie assurant l'exécution de la dette d'autrui (1), et l'on précise que c'est une garantie d'un genre particulier en ajoutant le mot réel.

8. — Toutefois on a contesté qu'il y ait bien un cautionnement dans la convention dont nous parlons ; on a refusé

(1) Le mot cautionnement ne désigne pas seulement, en effet, le contrat par lequel une personne s'engage à satisfaire à l'obligation du débiteur au lieu et place de celui-ci, comme le dit l'art. 2011 ; il désigne aussi, pris dans un sens large, général, toutes les conventions par lesquelles on s'oblige en faveur d'un tiers : cautionnement est alors synonyme de sûreté, garantie quelconque, comme dans l'art. 2102 (7°) du code civil qui lui restitue ainsi le sens primitif de « cautio ».

de voir dans cette convention un contrat présentant une analogie sérieuse avec celui que réglemente le titre quatorzième du livre III du code civil, et par suite on a nié que les dispositions de ce titre puissent lui être appliquées.

On s'appuyait pour cela sur un arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 1812 (Sirey, 1813. I, 177), dans lequel nous lisons :

« La Cour, considérant qu'il est de l'essence d'un en-
« gagement de ce genre que celui qui le contracte s'oblige
« personnellement envers le créancier ; que si, au lieu de
« s'obliger personnellement, il ne fait que promettre de
« livrer ou engager à titre de garantie des propriétés
« mobilières ou immobilières, il peut résulter de ces sti-
« pulations un acte de nantissement, une antichrèse, une
« affectation hypothécaire, mais non un cautionnement
« tel que le définit le code Napoléon ; que cette affectation
« hypothécaire ne contient pas un cautionnement dans
« le sens de l'article 2011 du code Napoléon, et que l'on
« ne pouvait par conséquent appliquer à l'espèce l'arti-
« cle 2037 du code civil ; que, d'après l'article 2015, le
« cautionnement ne se présume pas, mais doit être exprès,
« la Cour, etc., etc. (1). »

Nous ne prétendons pas qu'il y ait dans cette convention un « cautionnement tel que le définit le code civil », et nous soulignerons bientôt la différence fondamentale qui sépare ces deux contrats. Mais nous estimons qu'il y a un cautionnement au sens large ; c'est-à-dire que

(1) Dans le même sens, Cass. 10 avril 1814 (S. 1815, I, 242).

l'obligation consentie par le tiers, bien que n'engageant pas sa personne, ayant décidé le créancier à contracter, constitue un cautionnement. Par cela seul, en effet, que le code civil n'a prévu et réglementé que l'hypothèse du cautionnement personnel, il n'en résulte pas que ce soit le seul mode de cautionnement autorisé par la loi.

En écrivant les dispositions qui gouvernent le cautionnement, le législateur n'a pas introduit de texte le transformant en contrat solennel, et le cautionnement est resté un contrat consensuel, c'est-à-dire résultant de la seule intention des parties.

Dès lors, pourquoi refuser à ces parties le droit de voir un cautionnement dans le contrat dont nous parlons ? N'existe-t-il pas un article 1134, aux termes duquel « les « conventions légalement formées tiennent lieu de loi à « ceux qui les ont faites » ?

Et si le créancier, comme le tiers garant, entend faire un cautionnement, n'est-il pas logique et en même temps nécessaire de leur appliquer les règles de ce contrat, puisque l'article 1135 dit à ce sujet : « Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les sûretés que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » ?

Au surplus, si nous examinons de près la convention, notre conviction personnelle va se fortifier. Voilà une personne qui, pour obtenir du crédit, prie l'un de ses parents ou amis de lui venir en aide. Ce parent consent à donner au créancier une hypothèque de 20.000 fr., montant de la dette, sur un immeuble dont la valeur est de 100.000 fr.

Que se passe-t-il, pour ainsi dire, en réalité ? Ceci :

L'immeuble consent à garantir une dette de 20.000 fr. et à demeurer tenu de cette obligation sur la totalité de sa valeur : absolument comme si une personne ayant une fortune de 100.000 fr. consentait à s'obliger de payer cette même dette au cas d'insolvabilité du débiteur.

Dans l'un et l'autre cas, le créancier se trouve avoir pour garant de l'exécution de l'obligation qu'il stipule, une somme de 100.000 fr.

L'immeuble est caution au même titre que la personne. Mais comme l'immeuble n'a, par lui même, aucune personnalité, il est nécessaire de lui donner un représentant, lequel bénéficiera des règles du cautionnement ou en subira les conséquences : c'est ce représentant qu'on appellera caution réelle, au lieu et place de l'immeuble.

Ajoutons que, du reste, la jurisprudence elle-même a quelquefois admis l'existence d'un cautionnement réel. Deux arrêts de cassation, l'un du 10 août 1836, l'autre du 7 août 1837, le déclarent expressément :

(V. Sirey, 1836, I, 854.)

« Attendu qu'il s'agissait dans la cause d'un cautionnement en immeuble ou garantie hypothécaire fournie par « un tiers sur des immeubles qui lui appartenaient, et ce, « pour la sûreté du paiement d'une somme d'argent empruntée et due par le frère de ce tiers à des personnes « étrangères tant à l'emprunteur qu'à la caution, ce qui « constituait évidemment une obligation de la part de ce « tiers caution, de payer la somme, si l'individu cautionné « ne le faisait pas, ou de laisser vendre l'immeuble hypothéqué à ce paiement...

« Que cet article..... fait clairement connaître qu'il

« était dans l'intention du législateur de comprendre sous « la dénomination plus ou moins exacte de cautionne- « ment les garanties purement immobilières, puisqu'à « cette époque les cautionnements des revenus de deniers « publics consistaient le plus souvent en immeubles ;

« — Que d'ailleurs la loi du 13 janvier 1817 sur les « militaires absents, qui est une loi de droit civil, fournit, « dans son article 9, un nouvel exemple de l'emploi du « mot cautionnement, dans le sens d'une pure garantie « immobilière, puisqu'il y est dit que les parties qui auront « requis les déclarations d'absence, lorsqu'elles possède- « ront des immeubles reconnus suffisants pour répondre « de la valeur des objets susceptibles de restitution en cas « de retour, pourront être admises par le tribunal à se « cautionner sur leurs propres biens ;

« Attendu que, quoique le cautionnement dont il s'agit « dans l'espèce ne fût pas indéfini et tel que l'admettent « les articles du code civil énoncés au jugement attaqué ; « qu'il fut limité à des immeubles sans s'étendre à la « personne, ce n'était pas moins un véritable cautionne- « ment de somme et objets mobiliers (1)..... »

Nous concluons de ce qui précède et des arrêts cités que la convention par laquelle une personne donne une sûreté réelle pour garantir la dette d'un tiers, si elle ne constitue pas un cautionnement véritable au sens de l'article 2011, constitue du moins une espèce particulière de cautionnement parfaitement caractérisé par l'expression de cautionnement réel.

(1) Voir aussi l'arrêt de 1856 cité plus loin, qui admet l'idée de cautionnement réel dans l'hypothèse d'une simple cession de privilège.

9. — Et nous sommes ainsi amenés à mettre en lumière dès maintenant la différence fondamentale qui sépare ces deux contrats (1).

Dans le cautionnement personnel, la caution proprement dite s'engage àsatisfaire à l'obligation du débiteur, au cas où celui-ci n'y satisferait pas par lui-même; elle doit donc ce que doit le débiteur et contracte comme celui-ci une obligation personnelle dont elle est tenue sur tous ses biens (2092).

Dans le cautionnement réel, au contraire, la caution, désireuse de conserver libre de toute charge la généralité de sa fortune, consent simplement à affecter l'un de ses biens à la garantie de la dette d'autrui, soit en le donnant en nantissement, soit en le grevant d'une hypothèque ; elle demeure donc ainsi personnellement étrangère à la dette et limite l'étendue des poursuites du créancier, en cas d'insolvabilité du débiteur, au seul bien engagé.

10. — Ajoutons, pour montrer les différents avantages que le cautionnement réel présente pour la caution, que celle-ci possède un moyen particulier d'arrêter les poursuites dirigées contre elle, tout au moins au cas où elle a constitué une hypothèque, en délaissant l'immeuble hypothéqué, comme nous le dirons bientôt.

Il faut bien indiquer aussi que la caution réelle pourra se trouver libérée par la perte de l'objet grevé du droit réel.

(1) Il ne faut pas confondre le cautionnement réel dont nous parlons avec la garantie exigée de certains fonctionnaires et qu'on appelle aussi cautionnement. Ce mot est alors pris dans un sens autre que celui consacré par le code et désigne la sûreté réelle spéciale donnée par ces fonctionnaires.

De même elle profitera de la négligence du créancier qui, ayant laissé périmer son inscription, verra son rang de préférence occupé par des créanciers personnels de la caution.

Tout en imposant à celui qui le consent une charge moins lourde, le cautionnement réel procure une garantie précieuse au créancier.

Tandis, en effet, que la sûreté résultant du cautionnement personnel varie sans cesse avec la fortune même de la caution, la garantie concédée par la caution réelle demeure stable, quels que soient les changements qui se produisent dans la situation de cette caution réelle.

Si la caution personnelle devient insolvable, la garantie stipulée par le créancier devient de nul effet pour lui. Si le même événement vient frapper la caution réelle, le créancier n'a aucune crainte à avoir sur le sort de la sûreté qu'il possède ; son droit spécial sur la chose engagée lui procure un droit de préférence qui lui assure son paiement. Au cas de constitution d'hypothèque, ce même droit lui permet même de suivre et de saisir son gage entre les mains d'un tiers.

Il est vrai que le cautionnement personnel, s'il a moins de stabilité, offre plus d'étendue, puisqu'au lieu de porter sur un bien seulement, il s'étend à tout le patrimoine de la caution.

11. — Cette personne qui ne s'est ainsi engagée à l'égard du créancier que comme propriétaire de la chose grevée, de la « *res obligata* », est ce que l'on appelle un obligé « *propter rem* ». Nous aurons l'occasion de préciser au chapitre II

(v. p. 60) la comparaison entre la situation de la caution réelle et celle des obligés « *propter rem* », et nous verrons que si la ressemblance est parfaite, quand la sûreté donnée par la caution réelle est une hypothèque, il n'en est plus de même quand cette sûreté consiste en un nantissement.

12. — Nous serons appelés également à rapprocher la situation de la caution réelle de celle du tiers détenteur d'un bien hypothéqué ; et nous constaterons que si l'un et l'autre ont en leur possession un immeuble grevé d'hypothèques attachées à une dette qui n'est pas la leur, le tiers détenteur est totalement étranger aussi bien à la dette qu'à l'hypothèque, tandis que la caution réelle se trouve avoir elle-même consenti la garantie. De là nous tirerons cette conséquence que la caution réelle est tenue envers le créancier à ne pas diminuer la sûreté qu'elle a consentie, et par suite (chapitre II, p. 66) que si elle peut payer et délaisser, elle n'a pas le droit de purger.

13. — Ces notions générales présentées, il nous faut maintenant expliquer et préciser les termes de la définition que nous avons donnée de la caution réelle. C'est, avons-nous dit, la personne qui, voulant garantir la dette d'autrui, sans s'obliger personnellement, confère une sûreté réelle affectant spécialement l'un de ces biens.

14. — Il est inutile de répéter ce qui vient d'être dit sur la différence qui sépare le cautionnement personnel du cautionnement réel : dans l'un, la caution elle-même se trouve obligée, tandis que dans l'autre elle n'est engagée que comme détenteur de l'objet affecté à la garantie de la

dette. Mais profitons de l'occasion pour indiquer que cette différence fondamentale est la seule qui sépare ces deux modes de cautionnement quant à leurs caractères.

Le cautionnement réel, en effet, comme le cautionnement personnel, est un contrat *accessoire* à une obligation principale, d'où il résulte qu'il ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être consenti sous des conditions plus onéreuses : de même, si l'obligation principale est nulle initialement, ou le devient dans la suite, le cautionnement réel subit le même sort.

Le cautionnement réel est, en outre, un contrat de *bienfaisance* vis-à-vis du débiteur ; et, comme tous les contrats de bienfaisance, il est unilatéral ; la caution seule s'oblige, l'obligation du débiteur de rembourser ce qui aura pu être dépensé dans son intérêt étant purement hypothétique au moment de la formation du contrat, et ne naissant en réalité qu'à l'instant du paiement fait par la caution.

15. — Les mots « sans s'obliger personnellement », qui se trouvent dans notre définition, permettent d'éviter une confusion entre le cautionnement réel et la convention voisine par laquelle un tiers, qui vient de s'obliger à satisfaire à l'obligation du débiteur au cas où celui-ci n'y satisferait pas lui-même, donne au créancier, comme garantie de cet engagement, une sûreté réelle, une hypothèque, par exemple.

L'affectation hypothécaire intervenue dans cette seconde hypothèse se rattache alors à l'obligation accessoire qu'elle garantit. Il en résulte que si le débiteur ne paie

pas, l'immeuble hypothéqué ne sera pas nécessairement vendu : il ne le sera que si la caution elle-même ne peut s'acquitter ; et en supposant que la réalisation de cet immeuble ne permette pas le paiement intégral de la dette, les autres biens de la caution répondant de son engagement pourront être saisis.

Dans l'hypothèse du cautionnement réel, au contraire, l'hypothèque est liée directement à l'obligation principale ; et en cas d'insolvabilité du débiteur, l'immeuble grevé tombe sous le coup des poursuites du créancier. Si celui-ci n'obtient pas satisfaction complète en exerçant son droit hypothécaire, il ne peut atteindre les autres biens du tiers garant.

16. — La caution réelle, continue notre définition, « confère une sûreté affectant spécialement l'un de ses biens. »

Nous verrons bientôt, en traitant des formes sous lesquelles se présente le cautionnement réel, quelles sûretés peuvent être ainsi conférées.

Mais le point sur lequel il faut dès maintenant s'expliquer, et sur lequel nous croyons devoir insister, c'est celui de savoir quels biens ces sûretés doivent affecter.

Quelquefois, on a envisagé (1) comme cautionnement réel, la convention par laquelle une personne déclare céder une hypothèque ou un privilège grevant l'immeuble de son débiteur.

(1) Arrêt de cassation et de Caen ci-après cités.
Supplément de Dalloz, mot *Cautionnement*, n° 7.
Répertoire de Fuzier-Herman, au mot *Cautionnement*, n° 133.

Il y a là, croyons-nous, une erreur.

— Nous ne nous préoccuperons pas du point de savoir si l'hypothèque peut ou non se détacher de la créance, si la cession d'une hypothèque est un acte légitime et permis par la loi. Nous ne rechercherons pas davantage si l'idée de cautionnement réel doit s'appliquer seulement au cas de subrogation à l'hypothèque, et non plus au cas de renonciation ou de cession d'antériorité.

Nous admettons sans difficulté la faculté pour un créancier hypothécaire de céder son hypothèque indépendamment de sa créance ; mais nous prétendons que cette cession ne constitue pas un cautionnement réel.

Nous nous refusons à voir une caution dans la personne qui se contente de céder ainsi une hypothèque ou un privilège, et qui devient désormais complètement indifférente au sort de la garantie qu'elle a donnée : il y a, dans l'opération dont nous parlons, une cession et rien de plus.

— Mais non, vient-on prétendre, il n'y a pas en réalité cession, il y a hypothèque sur hypothèque, et la preuve c'est que cette hypothèque demeure liée à la créance à laquelle elle a été primitivement rattachée. Si l'article 2118 ne fait pas figurer l'hypothèque parmi les biens susceptibles d'être hypothéqués, c'est qu'à l'époque de sa rédaction on ne pensait pas à ce que nous appelons aujourd'hui subrogation à l'hypothèque ; mais on est bien obligé de reconnaître qu'en fait, les choses se passent avec cette subrogation comme s'il y avait hypothèque sur hypothèque. Si le législateur de 1804 a entendu le défendre, eh bien ! ses défenses ont été méconnues ; la loi a été tournée,

et le législateur de 1855 est venu prêter son appui à ces violations. Actuellement, qu'on le veuille ou non, qu'on déguise ou non l'opération sous le nom de cession, il n'en est pas moins vrai que l'on voit, tous les jours, des créanciers hypothéquer leurs propres hypothèques, et qu'il n'y a rien là que de très légitime, puisque la loi de 1855, en employant le terme vague de subrogation, réglemente cette opération, tout au moins quand elle émane de la femme mariée.

Pour toute réponse, il nous suffirait de constater que l'art. 2118 ne désigne pas, en effet, les hypothèques parmi les biens susceptibles d'être hypothéqués, et que l'on ne saurait cependant étendre les termes de cet article (2115). Mais remarquons de plus cette singulière attitude d'un législateur qui consacre et réglemente les violations aux principes qu'il a lui-même posés. Il avait cependant un moyen bien simple de rendre légales et régulières en 1855 ces infractions auxquelles il a dû cette fois songer, puisqu'il les réglemente : c'était d'adjoindre un paragraphe additionnel à l'art. 2118, ajoutant aux biens déjà susceptibles d'hypothèques : *3° les hypothèques elles-mêmes.*

Nous devons conclure de là que le législateur n'a pas vu, dans les conventions dont il s'agit, une violation des règles gouvernant la matière, et que, par suite, ces conventions constituent des cessions d'hypothèques et pas autre chose.

— En supposant acquis ce que nous venons de réfuter, à savoir qu'il y a dans la convention dont nous parlons hypothèque sur hypothèque, on continue en faveur de la thèse que nous combattons :

« Puisque, d'une part, cet individu constitue une hypo-

thèque, et puisque, d'autre part, c'est dans l'intérêt d'autrui qu'il le fait, pourquoi lui refuserions-nous le titre de caution? N'est-il pas, conformément à la définition de la caution réelle, une personne qui, voulant garantir la dette d'autrui sans s'obliger personnellement, confère une sûreté réelle affectant spécialement l'un de ses biens? » Qu'en subrogeant à son hypothèque notre créancier garantisse la dette d'autrui sans s'obliger personnellement, qu'il confère d'autre part une sûreté réelle, personne ne le nie ; ce que l'on conteste, c'est que cette sûreté réelle affecte l'un de ses biens. Le bien affecté, dit-on, n'est pas un bien de son patrimoine, mais un bien du patrimoine de son débiteur, c'est l'immeuble hypothéqué. Eh bien, c'est là que se trouve l'erreur, disent nos adversaires ; il y a parfaitement dans le patrimoine de l'*intercessor* un bien qu'il affecte à la garantie de la dette d'autrui, ce bien c'est son hypothèque. C'est d'ailleurs de son hypothèque seulement qu'il peut disposer, c'est seulement à l'occasion de cette hypothèque qu'il peut consentir tel acte qu'il lui plaît ; l'immeuble sur lequel porte son hypothèque est en dehors de sa puissance, à aucun titre il ne saurait en disposer. L'objection tirée de la définition ne porte donc pas ; elle prouverait trop ; elle voit dans le subrogeant un individu conférant une sûreté sur un bien ne lui appartenant pas ; mais alors, comme cela est manifestement impossible, ce n'est pas seulement le titre de caution réelle qu'il faudrait refuser au subrogeant, mais bien le droit de subroger; or, qui donc, à l'heure actuelle, songerait à le faire?

— Sans rappeler que nous ne saurions admettre le droit d'hypothéquer une hypothèque, constatons que l'hypothè-

que ne constitue pas un bien, mais une simple garantie sur laquelle on ne peut conférer une sûreté.

Au surplus, en admettant même que ce soit un bien, peut-on prétendre que ce bien est simplement grevé d'une sûreté réelle ? Ce droit, que vous appelez un bien, qui n'a de valeur qu'autant qu'il peut être exercé, à qui appartient-il après la subrogation? qui peut l'exercer ?

Est-ce le cessionnaire ou le cédant ? Et, si c'est le cessionnaire, que reste-t-il dans le patrimoine du cédant ? Rien.

Ainsi donc, non seulement l'hypothèque n'est pas un bien, mais encore la convention dont nous parlons ne saurait être considérée comme une constitution de sûreté réelle, et c'est purement et simplement une cession de cette hypothèque qui passe du patrimoine du créancier hypothécaire dans le patrimoine d'une autre personne.

Et, par suite, on ne peut pas dire que si nous refusons au subrogeant le titre de caution réelle, il soit nécessaire de lui refuser en même temps le droit de subroger. Nous n'avons pas prétendu, en effet, que ce subrogeant conférait, c'est-à-dire constituait une sûreté réelle affectant le bien d'autrui, ce que nous reconnaissons comme impossible ; nous avons dit, et nous venons de le répéter, qu'il *cédait* une sûreté préexistante, dont il était le titulaire primitif, ce qui n'est pas la même chose.

— De toutes ces explications il découle donc ceci, c'est que le tiers qui subroge un créancier dans le bénéfice de son hypothèque, dans le but de lui procurer une garantie, n'est pas une caution réelle aux termes de la définition, parce que d'une part il ne *confère* pas, c'est-à-dire ne cons-

titue pas une sûreté réelle, se contentant de *céder* une sûreté qui lui appartient ; et parce que d'autre part cette sûreté n'affecte pas l'un de ses biens.

— Du reste, la garantie ainsi donnée par cette caution réelle serait vraiment singulière, puisque cette caution pourrait d'elle-même l'anéantir. Si cette caution réelle, en effet, accepte le paiement que son débiteur vient lui offrir, l'hypothèque qu'elle avait contre son débiteur disparaît, et par suite aussi toutes les sûretés auxquelles elle avait fait servir cette hypothèque.

A cela on peut répondre, il est vrai : il ne suffit pas de payer une dette pour que l'hypothèque qui la garantissait s'éteigne « *de plano* » ; il faut encore obtenir la radiation de l'inscription. Or, le conservateur des hypothèques auquel cette radiation est demandée, sachant qu'il y a eu subrogation, se refusera à radier l'hypothèque tant que les intéressés, c'est-à-dire, non seulement le subrogeant qui vient d'être payé, mais aussi les subrogés, n'y auront pas consenti, n'auront pas donné mainlevée ; si bien que le débiteur, voulant affranchir son immeuble de l'hypothèque qui le grève, devra, au moment de payer sa dette, mettre en cause les subrogés, afin que ceux-ci puissent se distribuer le montant du prix jusqu'à concurrence de leurs droits respectifs. Ce n'est qu'à cette condition qu'il obtiendra le consentement des subrogés à la radiation de l'hypothèque et qu'il pourra ainsi la requérir victorieusement du conservateur.

La garantie donnée par le subrogeant est donc une garantie sérieuse, semblable à celle que donne toute caution réelle, et il n'y a dès lors aucun motif valable de lui refuser ce titre, s'il est avantageux pour lui de s'en prévaloir.

Nous ne saurions admettre un tel raisonnement, qui repose sur une double erreur.

Première erreur : les subrogés ne peuvent refuser au débiteur hypothécaire qui paie sa dette, la mainlevée que celui-ci réclame ; la créance à laquelle se trouvait lié le sort de l'hypothèque disparaissant, l'hypothèque tombe à son tour.

Seconde erreur : les subrogés n'ont pas le droit de réclamer au subrogeant le paiement de leurs propres créances sur le prix qui est versé à ce dernier par son débiteur. Ce n'est pas, en effet, la créance qui a été cédée au subrogé, c'est l'hypothèque : et par suite de cette cession, le débiteur n'a pas vu sa condition changer : c'est toujours entre les mains de son créancier qu'il doit s'acquitter, et rien ne lui interdit de le faire quand il le veut ou quand il le peut. D'un autre côté, le subrogeant ne s'est pas engagé à payer la personne dont il a voulu garantir la créance : il n'a pas dit : « Si mon débiteur me donne satisfaction, je vous autorise à prélever le montant de votre dette sur la somme qui me sera versée ». Il a simplement consenti à devenir vis-à-vis de son débiteur un simple créancier chirographaire, transportant au subrogé le droit de préférence et le droit de suite que lui donnait son hypothèque, disant : « Dans le cas où votre dette serait exigible aussi bien que la mienne, je vous autorise à exercer à l'encontre de mon débiteur les poursuites hypothécaires que j'aurais pu intenter moi-même, mais rien de plus ; et je n'entends pas, certainement, m'interdire de recevoir le paiement que mon débiteur, dans la possibilité de me désintéresser, viendrait m'offrir. »

Il reste donc vrai, comme nous e disions, que la garantie ainsi concédée est vraiment minime, et qu'elle ne constituerait qu'un bien faible cautionnement.

— Quelle est donc maintenant l'opinion de la jurisprudence sur notre question ? La subrogation à l'hypothèque est-elle envisagée par elle comme un cas de cautionnement réel ?

Il n'est pas facile de démêler l'idée de la jurisprudence au milieu des considérants un peu confus des deux seuls arrêts rendus sur la matière par la Cour de Caen, le 11 mars 1855 (Sirey, 1855, II, 69), et le 20 mai 1856 (Sirey, 1856, I, 595) par la Cour de cassation.

Résumons d'abord l'espèce en question, en la dépouillant de tout ce qui est étranger à notre sujet.

Primus a vendu des immeubles à Secundus ; Secundus en revend une partie à Paul, puis, ayant besoin d'argent, en emprunte à Tertia et lui cède sa créance contre Paul avec le privilège de vendeur qui y est attaché. Secundus étant marié, le privilège garantissant la créance par lui cédée se trouverait primé par l'hypothèque légale de sa femme ; aussi Tertia s'adresse-t-elle à Primus, vendeur originaire, et lui demande-t-elle de garantir la dette de Secundus. Primus y consent et pour cela subroge Tertia au privilège de vendeur qu'il a sur les immeubles vendus par Secundus.

Le but de cette opération est bien certainement d'empêcher que Tertia ne soit primée par la femme de Secundus, mais ce résultat pourra-t-il être obtenu même après que Secundus aura payé son prix à Primus ? Ce paiement une fois fait, la créance privilégiée de Primus par conséquent éteinte, Tertia pourra-t-elle se prévaloir de la garan-

tie que lui avait consentie Primus ? pourra-t-elle encore passer avant la femme de Secundus? Telle est la question que la Cour de Caen avait à résoudre.

Ce n'est qu'accessoirement, au milieu de considérants assez obscurs, que la question de savoir s'il y a dans la subrogation un cas de cautionnement réel a été touchée.

La Cour semble avoir admis le système suivant : Primus a cédé à Tertia sa créance, et le privilège qui y est attaché jusqu'à concurrence des 8,000 fr., montant de la créance que, dans l'espèce, Secundus avait cédée à cette même Tertia. En agissant ainsi, Primus fait un acte d'intercession au profit de Secundus, et dans cet acte la Cour voit « un cautionnement *sui generis* ». Dès lors Primus a un recours en indemnité contre Secundus, car c'est dans l'intérêt de celui-ci qu'il a cédé à Tertia sa créance jusqu'à concurrence de 8,000 fr. Lorsque Secundus s'acquitte entre les mains de Primus, ce n'est pas sa dette d'acheteur qu'il paye, mais sa dette d'indemnité ; dès lors ce paiement ne peut faire tomber le privilège, Tertia le conserve et peut primer la femme de Secundus.

Quant à cette garantie bizarre obtenue au moyen d'une cession de créance, la Cour de Caen y voit « un cautionnement *sui generis* », la Cour de cassation, qui a confirmé l'arrêt, y voit un cautionnement réel.

Que déduire de tout cela? Une seule chose, à notre avis, c'est qu'il ne répugne pas à la jurisprudence de voir dans la subrogation une forme de cautionnement; mais il ne faut pas aller plus loin. Elle ne précise pas la nature de ce cautionnement, elle n'indique pas quelles conséquences il pourrait avoir (l'action en indemnité

contre le cautionné mise à part). D'un autre côté, la manière de voir de la Cour de Caen, adoptée ensuite par la Cour de cassation, peut donner lieu à tant de critiques, qu'il ne faut pas attacher trop d'importance à ces décisions qui, d'ailleurs, remarquons-le bien, sont restées isolées.

Comment, en effet, la garantie donnée par Primus peut-elle être envisagée comme une cession de créance privilégiée?

S'il en était ainsi, ne voit-on pas que Tertia se trouverait avoir en mains deux créances qu'elle pourrait successivement exercer? Le propre d'une garantie, c'est de donner au créancier plus de chances d'obtenir le paiement auquel il a droit; ce n'est pas de lui permettre de l'obtenir deux fois. Pour parler de cession de créance comme procédé de garantie, il faudrait admettre que cette cession ne pût être que conditionnelle, subordonnée au non-paiement de la créance garantie, ou tout au moins qu'un choix entre les deux créances dût être exercé par le créancier, et qu'il lui fût impossible d'exercer les deux. Mais alors on ne pourra plus dire que la créance en indemnité du garant prend naissance dès le jour de la subrogation, puisqu'on ne sait pas encore si le subrogé s'en prévaudra et si le subrogeant sera dépouillé de son ancienne créance. Si donc la créance en indemnité ne naît qu'au moment de l'option faite par le subrogé, que devient dans ces conditions le système de la Cour de cassation?

En supposant même qu'il soit possible, à force de subtilités, de justifier cette doctrine, nous estimons qu'il serait dangereux de la prendre comme base d'une argu-

mentation quelconque en faveur de l'opinion considérant la subrogation comme un cautionnement réel.

— Au surplus, pour en terminer avec cette difficulté, une analyse exacte de la situation permet, mieux que toutes les considérations précédentes, de donner à ce problème une solution rationnelle et indiscutable.

Quand un bien est ainsi grevé pour garantir la dette d'autrui, où se trouve la véritable caution ? N'est-ce pas le bien lui-même ? n'est-il pas en quelque sorte obligé à satisfaire à l'obligation au cas où le débiteur n'y satisferait pas, et ne répond-il pas de cette obligation sur la totalité de sa valeur, comme la véritable caution répond de son engagement sur la totalité de sa fortune ? Mais il faut à ce bien un représentant qui puisse consentir l'obligation et contre lequel puissent être dirigées les poursuites ; c'est ce représentant qui, personnifiant le bien, est appelé caution : ce représentant doit être évidemment le propriétaire.

Si maintenant vous supposez une cession d'hypothèque, la personne qui consentira la garantie et celle qui devra subir les poursuites seront deux personnes distinctes : laquelle des deux méritera le titre de caution ?

Sera-ce le propriétaire ? Mais il est complètement étranger au prétendu cautionnement : il n'y a pris aucune part, n'a consenti aucune garantie, n'a pas modifié son obligation primitive et n'en a pas contracté de nouvelle.

Sera-ce le cédant ? Mais il n'est pas le représentant du bien « caution », ne le possède pas ; ce n'est pas contre lui que sera dirigée l'action de la justice, et par le fait même

de la cession il devient complètement étranger à tout ce qui peut concerner l'immeuble.

On ne peut donc pas dire qu'il est intervenu un *contrat* de cautionnement, puisque la prétendue caution, le bien grevé ou la personne qui le représente, son propriétaire, n'est pas celle qui a consenti à être caution (1) (2).

SECTION DEUXIÈME.

Conditions de constitution.

17.— Notre définition étant ainsi expliquée, il convient d'examiner, comment, dans la pratique, un cautionnement réel va se réaliser.

Il peut se faire qu'un tiers, postérieurement à l'obligation souscrite par l'un de ses parents ou amis, déclare affecter à la garantie de cette obligation l'un de ses biens en le grevant d'un droit de gage ou d'antichrèse.

Mais cette hypothèse est rare, et l'on procède plutôt de la manière suivante :

Pierre, qui a besoin d'argent, sollicite le secours pécuniaire de Jacques ; celui-ci consent à avancer la somme demandée, mais en exigeant la garantie d'un tiers ; Paul

(1) Une opinion proposée en 1855 par Benech et dont nous donnons plus loin l'économie faisait de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme un cas de véritable cautionnement réel.

(2) Il est digne de remarque que nous donnerions au cautionnement réel une importance pratique considérable si nous considérions la cession d'une hypothèque comme un cautionnement.

Dans toutes les ventes ou obligations consenties ou contractées par des époux, la femme, en effet, renonce ou subroge à son hypothèque légale.

se présente alors et, dans l'acte qui constate le prêt, déclare se porter caution, voulant toutefois n'être tenu de son obligation que sur tel de ses immeubles qu'il hypothèque à la sûreté de la dette.

L'effet de cette convention, lequel résulte de l'intention des parties, est d'obliger non pas Paul personnellement et par conséquent tous ses biens, mais l'immeuble désigné qui seul pourra être vendu au cas d'insolvabilité du débiteur.

18. — Ces sortes de contrats, assez fréquents dans le midi de la France, sont soumis à des règles de fond et de forme que nous allons indiquer.

Nous étudierons en même temps les divers aspects sous lesquels peut se présenter le cautionnement réel, et les différences qui le séparent du cautionnement personnel.

Dans ce but, il faut décomposer le cautionnement réel en une double opération juridique : d'une part cautionnement; d'autre part nantissement ou contrat hypothécaire.

§ I. — *Règles du cautionnement applicables au cautionnement réel.*

19. — Le premier caractère de notre contrat est d'être un cautionnement; voyons quelles sont, à ce titre, les règles que nous devons lui appliquer.

20. — Aucune condition spéciale de forme n'est exigée, puisque c'est un contrat consensuel.

21. — Quant aux conditions de fond, qui sont énumérées dans les articles 2012 à 2020, il est nécessaire de les envisager séparément.

Nous pourrions commenter successivement chacun de ces articles, en suivant leur ordre numérique; mais il serait difficile de relier entre elles les explications soulevées par chacun de ces textes. Nous croyons donc préférable de grouper nos explications autour d'un certain nombre de questions qu'il est intéressant de résoudre.

22. — Et tout d'abord demandons-nous dans quels cas un cautionnement réel peut intervenir.

Il est bien évident, en premier lieu, que tout créancier est libre de sauvegarder ses intérêts comme il l'entend, et par suite d'accepter une garantie, quelle qu'elle soit, offerte par telle ou telle personne.

Mais si nous nous trouvons en présence d'un créancier qui, dans la convention passée avec son débiteur, a stipulé que celui-ci devrait lui fournir une caution, pourrons-nous permettre à ce débiteur de proposer à son créancier une caution réelle ?

Une réponse négative s'impose ; il est admis unanimement, en effet, que ce débiteur n'a pas la faculté d'offrir un droit de gage ou d'hypothèque sur ses propres biens ; à plus forte raison ne peut-il offrir une sûreté affectant le bien d'autrui. (V. Troplong, *Du Cautionnement*, n° 202. — Pont et Marcadé, t. IX, n° 150.)

23. — Il semble donc que nous n'ayons pas à nous occuper des conditions exigées par l'article 2018 en semblable hypothèse, puisqu'un cautionnement réel ne saurait

intervenir. Mais il ne faut pas oublier qu'il existe à côté du cautionnement conventionnel, un cautionnement légal ou judiciaire, imposé par la loi ou par la justice, et à propos duquel l'article 2041 dispose : « Celui qui ne peut trouver une caution est tenu de donner à sa place un gage en nantissement suffisant. » Or, bien que cet article ne le dise pas expressément, il est logique d'admettre que ce gage peut avoir pour objet, non seulement un bien appartenant au débiteur, mais encore le bien d'une tierce personne : pourvu, en effet, que le créancier obtienne la garantie à laquelle il a droit, il doit être satisfait.

Cette garantie doit-elle consister essentiellement en un « gage », comme semble l'exiger l'article 2041, ou bien peut-elle consister en une hypothèque, le mot *gage* étant pris dans un sens large, synonyme de sûreté ?

Nous le croyons, estimant qu'il ne faut pas prendre à la lettre le texte du code civil, et que, si l'hypothèque constitue une garantie suffisante pour le créancier, celui-ci serait mal fondé à la refuser. C'est, à notre avis, une question de fait que les tribunaux auront à apprécier.

24. — Dans cette hypothèse spéciale où le cautionnement, bien qu'obligatoire, peut être réel, l'art. 2040 exige que la caution fournie remplisse les conditions indiquées par les articles 2018 et 2019; étudions donc ces conditions.

Voici la première qui est à retenir : « Le débiteur (2018) obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter. » Il s'agit ici de la capacité spéciale nécessaire pour s'obliger à titre gratuit, le caution-

nement, qu'il soit personnel ou réel, étant un contrat de bienfaisance.

— Quant aux autres règles contenues dans le même article et dans l'article suivant, elles sont manifestement inapplicables en notre matière.

« La caution doit avoir un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation et avoir son domicile dans le ressort de la Cour d'appel où elle doit être donnée. »

Article 2019 : « La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières... On n'a point égard aux immeubles litigieux ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation. »

Ces dispositions s'expliquent par les considérations suivantes : La caution ordinaire ne contractant qu'une obligation personnelle, il faut, pour qu'il y ait dans cet engagement une garantie suffisante pour le créancier, il faut que la caution présente une certaine surface, qu'elle ait une fortune assez importante ; et pour apprécier cette fortune, la loi veut qu'on ne tienne compte que des immeubles (les immeubles constituant encore en 1804 la partie la plus importante et la plus stable des fortunes).

Mais dans le cautionnement réel, ce n'est plus la personne qui s'oblige, c'est le bien spécialement affecté qui seul devient engagé ; dès lors, qu'importe la composition de la fortune de la caution, puisque la mise en œuvre du droit réel atteint uniquement la *chose* objet de ce droit, et libère la caution au cas même où le créancier ne serait pas désintéressé.

25. — Sachant désormais les cas dans lesquels peut inter-

venir un cautionnement réel, il nous faut indiquer quelles dettes il peut garantir.

L'art. 2012 nous répond : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. » Cette règle qui est une conséquence du caractère accessoire du cautionnement personnel, s'applique également au cautionnement réel, qui ne saurait non plus exister sans une obligation préexistante. Une seconde conséquence de ce caractère accessoire se trouve indiquée dans l'art. 2013 ainsi conçu : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins onéreuses. Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul ; il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. »

26. — Si nous nous demandons maintenant comment le cautionnement réel intervient, nous dirons avec l'art. 2014 que c'est généralement à la demande du débiteur, mais qu'il peut aussi se produire à son insu.

Et à ce propos nous noterons que le cautionnement réel tacite ne saurait exister. L'art. 2015 l'indique expressément en ce qui concerne le cautionnement personnel : « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté. » Mais il est évident qu'une telle disposition serait inutile dans le code du cautionnement réel : que signifie-t-elle en effet ? Deux choses :

En premier lieu, si le cautionnement est consenti verba-

lement, son existence sera prouvée par les modes de preuves du droit commun. Or le cautionnement réel se réalisant, soit par un nantissement, soit par un contrat hypothécaire, devra toujours, comme nous le verrons bientôt, être contracté par écrit.

En second lieu, s'il s'agit d'en déterminer l'étendue, il faut s'en référer à l'art. 2016 qui vient compléter l'art. 2015 au cas du cautionnement personnel.

« Le cautionnement indéfini d'une obligation princi-
« pale s'étend à tous les accessoires de la dette, même
« aux frais de la première demande et à tous ceux
« postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la
« caution. »

Deux hypothèses sont ici prévues : la première implicitement, c'est celle dans laquelle la caution a limité elle-même son obligation (2015) ; la seconde est celle dans laquelle le cautionnement est conçu en termes généraux, donc demeure indéfini.

Si nous nous trouvons en présence d'un cautionnement réel, ces deux hypothèses se confondent, ou plutôt la première seule est possible.

— Supposons d'abord que le cautionnement consiste en un nantissement; conformément à l'art. 2074, il faudra rédiger un écrit contenant la déclaration de la somme due (mesure destinée à éclairer les tiers sur l étendue du droit qui grève les objets donnés en gage ou en antichrèse), c'est-à-dire, dans ce cas, la somme pour laquelle le tiers caution entend s'obliger. Il en serait ainsi dans l'hypothèse où l'obligation garantie par le nantissement serait une obligation de faire, car, étant donnés les termes formels de

l'art. 2074, nous croyons qu'il faudrait évaluer pécuniairement l'obligation ainsi consentie.

Supposons en second lieu que le cautionnement réel se présente sous forme de constitution d'hypothèque : une remarque analogue nous conduit à des solutions identiques. Non seulement, en effet, l'acte constitutif qui est obligatoire doit contenir la mention de la somme garantie par l'hypothèque, mais encore l'inscription doit contenir l'indication du montant des accessoires (2148-4°). Si l'obligation cautionnée est une obligation de faire, l'évaluation pécuniaire peut bien ne pas être faite dans l'acte constitutif, mais l'inscription doit la mentionner.

L'obligation de la caution se trouve donc ainsi parfaitement limitée dans ces différents cas, et ne saurait comprendre que les évaluations contenues dans les écrits ; elle ne s'étend donc pas, comme le dit l'art. 2016, « à tous les accessoires de la dette », (du moins ceux non prévus).

27. — Deux articles seulement nous restent à examiner :

C'est d'abord l'art. 2017, aux termes duquel « les engagements des cautions passent à leurs héritiers ». Il y a là une application du droit commun établissant que l'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins, ajoute l'art. 1122, « que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

Or, dans notre hypothèse, il résulte de la nature de la convention que les héritiers ne sauraient être tous tenus vis-à-vis du créancier du cautionnement réel consenti par leur auteur. — Nous savons, en effet, que ce n'est pas la caution qui devient obligée, mais le bien engagé : c'est

donc celui des héritiers qui recueillera le bien grevé qui sera tenu du cautionnement, et celui-là seulement. En qualité de détenteur du bien caution et d'ayant cause de l'*intercessor*, cet héritier sera une véritable caution réelle, tenue des mêmes obligations que son auteur, et appelée à profiter des mêmes avantages (1).

28. — Il nous reste enfin à envisager l'hypothèse prévue par l'art. 2020 : « Lorsque la caution reçue par le créancier volontairement ou en justice est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre ». Ce texte suppose que le débiteur aurait été obligé par les termes du contrat qu'il a passé avec son créancier à donner une caution ; or nous avons vu qu'il est impossible alors de donner une caution réelle ; mais nous savons aussi que si la caution est imposée par la justice, il est permis d'offrir une caution réelle : quelle sera, dans ce cas, la portée de l'art. 2020 ?

Ce texte n'est que l'application de la règle générale que voici : quand un créancier a contracté en considération d'une sûreté qui lui était fournie, il n'est plus tenu par le contrat si cette sûreté vient à disparaître, ou perd de son efficacité.

Cette règle est applicable quelle que soit la sûreté consentie ; qu'elle soit personnelle, c'est ce que fait l'article 2020 ; ou qu'elle soit réelle, c'est ce que fait l'article 2131 ainsi conçu : « En cas que l'immeuble ou les

(1) Il n'en serait pas de même dans le cas où le transfert de la propriété de l'immeuble se serait effectué par une vente ; car alors le tiers acquéreur n'étant pas l'ayant cause de l'*intercessor* ne saurait être soumis aux mêmes obligations.

immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement ou obtenir un supplément d'hypothèque ».

Ainsi donc, dans notre hypothèse de cautionnement réel, si l'objet du nantissement périt ou diminue de valeur, si l'immeuble sur lequel porte l'hypothèque subit des détériorations, le créancier est en droit d'exiger une nouvelle sûreté.

§ II. — *Règles du nantissement et du contrat hypothécaire applicables au cautionnement réel.*

29. — Nous connaissons désormais les règles qui régissent le cautionnement réel, en tant qu'il participe de la nature du cautionnement tel que l'a défini le code civil ; il nous reste à examiner sous quelles formes se présente ce contrat, et, à ce titre, quelles nouvelles dispositions lui deviennent applicables.

Pour ce faire il nous faut rechercher quelles sont, parmi les sûretés réelles, celles qui peuvent être consenties par une autre que le débiteur.

1. — RÈGLES DU NANTISSEMENT APPLICABLES AU CAUTIONNEMENT RÉEL.

Pour le nantissement nous avons des textes formels : l'art. 2077 dit en effet : « Le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur » ; et l'art. 2090 étend cette disposition à l'antichrèse.

Il est nécessaire d'étudier séparément les règles qui gouvernent ces deux hypothèses de nantissement.

1° Le cautionnement réel se présente sous forme de gage.

30. — Nous n'avons rien de spécial à dire en ce qui concerne les conditions de capacité exigées du tiers-caution. Celui-ci doit être propriétaire de la chose remise en gage, et de plus capable d'aliéner.

31. — Quant aux conditions de formes, elles sont assez nombreuses :

En matière excédant 150 fr., la rédaction d'un écrit est nécessaire, sans qu'il soit besoin, du reste, d'avoir recours au ministère d'un notaire : si l'acte est sous seing privé, il doit être enregistré.

Cet écrit contiendra certaines mentions obligatoires qui sont : l'indication du montant de la créance et la désignation complète de la chose donnée en gage.

Dans le cas où la chose, objet du nantissement, est une créance, une nouvelle formalité devient nécessaire : c'est la signification au débiteur cédé, conformément à l'art. 1690.

Enfin le gage doit être remis entre les mains du créancier ; s'il s'agit d'une créance, la remise des titres équivaudra à la mise en possession (1).

Telles sont les règles de forme que le cautionnement réel nécessitera quand il aura pour objet une chose mobilière.

(1) Si l'acte est sous seing privé, c'est l'original qui sera remis au créancier; s'il est authentique, c'est la grosse qui doit être remise.

32. — *Appendice.* Avant de passer à l'hypothèse voisine dans laquelle le cautionnement a lieu par voie d'antichrèse, il ne nous paraît pas hors du sujet de dire quelques mots d'un système proposé par un auteur en 1855, et qui, s'il avait abouti à une loi, aurait donné à la matière du cautionnement réel une importance toute particulière.

Nous voulons parler du système de Benech qu'il intitule lui-même « Le nantissement appliqué aux droits, créances et reprises de la femme sur les biens de son mari ».

Voici l'exposé de la doctrine de cet auteur et l'économie de son projet:

La cession d'hypothèque, indépendamment de la créance qu'elle garantit, est absolument impossible, car l'une et l'autre sont liées d'une façon indissoluble.

Dès lors, quand la femme déclare céder son hypothèque légale ou y subroger, que se produit-il? une véritable cession de créance, ou une véritable subrogation?

Ni l'une ni l'autre, car la cession d'une créance n'est autre chose que la vente d'une créance, et où il n'y a pas de prix, il n'y a pas de vente : or ici le prix fait absolument défaut. Il n'y a pas davantage subrogation « par cette « raison décisive que le mot subrogation ne peut être ici « que synonyme de cession ; en effet, la subrogation vraie, « la subrogation proprement dite implique toujours un « paiement ».

C'est donc avec raison que les auteurs et plus particulièrement MM. Mourlon (*Traité théorique et pratique des subrogations personnelles*, p. 183) et Gauthier (*Traité des subrogations des personnes*, p. 611, n° 178), allant au fond

des choses, n'ont vu qu'un cautionnement ou nantissement tacite dans les cessions dont il s'agit.

S'appuyant sur cette manière de voir, Benech propose de mettre à la place des cessions, subrogations et renonciations un système dont voici l'exposé :

« Pour mettre en relief le nantissement des créances de « la femme, j'aurai, par une combinaison de principes « généraux du droit de gage avec les règles particulières « au gage *secundum subjectam materiam*, à parler : « 1° des conditions requises pour sa validité ; 2° de ses ef- « fets juridiques ; 3° des mesures à prendre pour assurer « son efficacité. »

— Les conditions sont intrinsèques ou extrinsèques :

A. — Les « conditions intrinsèques » sont au nombre de deux :

La première est relative à la nature de l'objet qui doit lui servir d'assiette ; la créance elle-même, et non pas l'hypothèque seule, fera l'objet d'un nantissement.

La seconde concernera la capacité de la femme mariée, capacité subordonnée seulement aux conditions du droit commun de l'âge et de l'autorisation maritale nécessaires pour l'aliénation.

B. — Quant aux «conditions extrinsèques »,ce sont, à proprement parler, des conditions de formes que nous avons déjà énumérées plus haut (1) : rédaction d'un écrit, son enregistrement s'il est sous seing privé, notification faite au débiteur, et transfert de la possession par la remise des

(1) Voir page 40.

titres. (Ce titre, d'après Benech, sera nécessairement la grosse, une expédition ne pouvant suffire ; ce sera l'original si l'acte est sous seing privé.)

— Dans une section deuxième, Benech énumère les effets du nantissement : ce sont ceux que produit tout gage de créance et que nous étudierons plus loin.

— En terminant, l'auteur indique les précautions à prendre par le créancier pour que le nantissement soit efficace ; ces précautions se rapportent au choix de la créance qui sera acceptée en gage, et à la publicité à donner au nantissement lui-même, publicité qui consistera dans la mention du nantissement faite en marge de l'inscription de l'hypothèque légale, (« inscription que le créancier gagiste aurait soin de requérir si elle n'avait été déjà requise »).

— Ce système n'a pas été admis par notre législateur, pour ce motif facile à comprendre, qu'il contient une impossibilité pratique. Il exige, en effet, pour se conformer à la règle de l'art. 2076, la remise entre les mains du créancier gagiste, des titres qui constatent la créance de la femme ; or cette créance de la femme est très souvent indéterminée ou éventuelle, et les titres se trouvent presque toujours dans la loi elle-même et là seulement. Il est vrai que Benech, prévoyant cette difficulté, y répond de la manière suivante :

Le nantissement des créances de la femme ayant lieu généralement dans l'intérêt du mari, ce sera au mari qu'incombera le soin de constater les reprises de la femme, « car, qui veut la fin veut les moyens », et le créancier pourra être ainsi immédiatement nanti.

La pratique s'est chargée de démontrer que le proverbe « qui veut la fin veut les moyens » n'est pas toujours exact, et que l'obstacle à ce nantissement des créances de la femme n'est pas aussi facilement levé que le prétend Benech. On ne s'est pas servi du moyen proposé, et cela se conçoit : si chaque fois que le mari se trouve dans la nécessité d'emprunter, il lui fallait procéder à une petite liquidation pour déterminer les droits de la femme, il renoncerait plutôt à se procurer du crédit.

— Avant d'abandonner cet ordre d'idées, disons que certains auteurs ont voulu voir dans toutes les conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme un nantissement d'une espèce spéciale et dispensé de la tradition des titres. Cette opinion purement arbitraire et qui n'a aucune base dans la loi ne nous semble pas admissible.

Nous avons cru devoir insister sur ce système du nantissement, parce qu'il constituerait un cas spécial de cautionnement réel donnant à ce contrat une utilité pratique considérable.

2° Le cautionnement réel se présente sous forme d'antichrèse.

33. — Jusqu'à présent nous avons envisagé l'hypothèse dans laquelle le cautionnement réel se présente sous la forme d'un gage. Il peut aussi se réaliser par antichrèse.

Quelles sont alors les conditions de validité prescrites? Deux mots suffisent pour les rappeler.

Le constituant doit avoir au moins la jouissance de l'immeuble donné en antichrèse ; ce sera donc un propriétaire ou un usufruitier. La rédaction d'un acte écrit (2085)

est nécessaire même en matière n'excédant pas 150 fr.; enfin cet acte, aux termes de la loi du 23 mars 1855, doit être transcrit au bureau de la conservation des hypothèques.

II. — RÈGLES DU CONTRAT HYPOTHÉCAIRE APPLICABLES AU CAUTIONNEMENT RÉEL.

34. — Si parmi les sûretés réelles le gage et l'antichrèse peuvent faire l'objet d'un cautionnement, en sera-t-il de même des privilèges et des hypothèques ? En d'autres termes, les privilèges et hypothèques peuvent-ils être constitués par un autre que le débiteur?

Une question préalable se pose : Ces sûretés peuvent-elles faire l'objet d'une convention ? La convention peut-elle leur donner naissance?

La réponse diffère selon les cas :

En ce qui concerne les privilèges (1) et hypothèques légales, la loi seule leur donne naissance. Leur existence est attachée, pour les premiers, à la qualité de la créance, pour les secondes à la qualité de la personne.

D'un autre côté, les hypothèques judiciaires ne peuvent naître que des jugements ou actes judiciaires.

Toutes ces sûretés ne peuvent donc pas faire l'objet d'un cautionnement réel.

Restent seulement les hypothèques conventionnelles. Peuvent-elles être consenties par un tiers pour le débiteur? Tel est désormais le seul point à établir.

Nous avons vu qu'en droit romain, des textes formels accordaient cette faculté. Nous n'en trouvons pas dans

(1) Exception doit être faite pour le privilège du créancier gagiste qui, lui, naît de la convention.

notre loi française ; mais aucun article ne formulant de prohibition, et aucun principe ne s'opposant à l'admission de la règle romaine, il semble rationnel de la conserver.

La jurisprudence, du reste, a toujours admis qu'une personne pourrait grever ses biens d'hypothèques pour sûreté de la dette d'autrui.

Sans être fréquent, ce sera cependant le mode le plus employé de cautionnement réel.

35. — Les conditions de validité seront celles nécessaires à toutes constitutions d'hypothèques; il est facile de les rappeler brièvement.

Peuvent être hypothéqués (2118) : « Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles ; l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée ».

Les conditions de capacité exigées du tiers-caution sont les suivantes :

Il doit être propriétaire des biens à hypothéquer, car l'hypothèque est un démembrement de la propriété : il doit avoir la capacité non pas seulement de s'obliger, mais encore d'aliéner (art. 2124), car l'hypothèque conduit à l'aliénation (1) : d'où il suit que la femme mariée, séparée de biens, ne peut constituer un cautionnement réel, sans l'autorisation de son mari ou de la justice.

Une autre condition de fonds est relative à la spécialité de l'hypothèque envisagée tant au point de vue des im-

(1) Nous avons vu qu'il faut de plus la capacité de s'obliger à titre gratuit.

meubles grevés qu'au point de vue de la créance garantie : la nature des biens grevés, leur situation exacte doivent être précisées ; la créance garantie doit être spécialement indiquée; et si l'obligation cautionnée est une obligation de faire, l'évaluation doit être contenue dans l'acte constitutif ou tout au moins dans l'inscription.

Il faudra en effet — et c'est là la condition de forme, — il faudra que la constitution soit faite par acte authentique. Le contrat hypothécaire est un contrat solennel, aux termes de l'art. 2117, d'après lequel « l'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats ».

Cet acte peut, du reste, être rédigé en brevet.

Dès que ces conditions sont remplies, la constitution d'hypothèque est valable ; le cautionnement réel est formé. Mais si le bénéficiaire veut exercer le droit qui résulte pour lui de ce contrat, il doit faire inscrire son hypothèque au bureau de la conservation des hypothèques.

Nous connaissons ainsi les différentes formes que peut revêtir le cautionnement réel ; nous connaissons ses conditions de constitution.

Il nous faut maintenant étudier les effets de ce contrat.

CHAPITRE II

EFFETS DU CAUTIONNEMENT RÉEL.

36. — Pour étudier les effets du cautionnement réel, nous allons employer une méthode analogue à celle que nous avons adoptée dans le chapitre précédent, en suivant toutefois pour la clarté du sujet un ordre inverse dans la marche de nos développements. Nous allons donc en premier lieu examiner les effets du cautionnement réel en tant qu'il ressemble au nantissement et au contrat hypothécaire, pour envisager, en terminant, ceux qui peuvent résulter de sa similitude avec le cautionnement proprement dit.

SECTION PREMIÈRE.

Effets du nantissement et du contrat hypothécaire applicables au cautionnement réel.

§ I. — *Effets du cautionnement réel réalisé par la remise d'un gage.*

37. — Supposons tout d'abord que le cautionnement se soit réalisé par la remise en gage d'une chose mobilière.

Quels sont les effets de cette opération ? Autrement dit, quels sont les droits et quelles sont les obligations qui en résultent pour le créancier gagiste ?

Etant donné que ce sont les mêmes droits et les mêmes obligations que ceux qui sont indiqués au titre du nantissement, nous nous contenterons ici de les rappeler, sauf à noter, chemin faisant, les particularités de notre théorie.

38. — *Droits du créancier gagiste.* — Le créancier acquiert donc, sur l'objet mis en gage, un privilège (1) qui lui assure son paiement par préférence aux autres créanciers. Mais, en cas d'insolvabilité du débiteur, le créancier n'est pas autorisé à s'approprier le gage ; une telle convention insérée dans le contrat serait même frappée de nullité (2078-2°) (2). Il peut seulement demander que le gage lui soit attribué après avoir été estimé, ou bien requérir la vente aux enchères pour se faire payer par préférence sur le prix (2078-1°).

Le privilège du créancier gagiste est d'ailleurs sanctionné par le droit qui appartient au créancier de retenir le gage entre ses mains jusqu'à parfait paiement (2082). Nous n'avons pas ici à prendre parti dans la controverse qui s'est élevée sur le point de savoir si ce droit de rétention est un droit réel, par conséquent un droit opposable à tous, ou simplement un droit personnel opposable, par suite, au seul débiteur.

39. — Mais il est, à propos de ce droit de rétention, une situation visée par l'art. 2082 dont il nous faut dire quelques mots, parce que, dans l'hypothèse d'un cautionnement réel, elle ne reçoit pas la même solution que dans

(1) C'est le seul privilège qui puisse naître de la convention.
(2) Voir page 59.

les cas ordinaires de constitution de gage. D'après l'article 2082, 2e alinéa, « s'il existait de la part du même débi-
« teur envers le même créancier une autre dette contractée
« postérieurement à la mise en gage et devenue exigible
« avant le paiement de la première dette, le créancier ne
« pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être
« entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même
« qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le
« gage au paiement de la seconde. »

Supposons donc, en cas de cautionnement réel réalisé par une mise en gage, que, postérieurement à cette mise en gage, une nouvelle dette contractée par le même débiteur envers le même créancier devienne exigible avant le paiement de la première : le créancier pourra-t-il conserver le gage qui lui a été remis par un tiers pour sûreté de la première dette, jusqu'à ce que l'une et l'autre des deux dettes soient intégralement acquittées ? Nous répondrons non, sans hésiter.

Les motifs qui expliquent l'art. 2082-2° se résument, en effet, dans cette considération, qu'entre le créancier et le débiteur qui a lui-même fourni le gage, il a été convenu tacitement que ce gage affecté à la première dette le serait également à celles qui surviendraient postérieurement.

Or, cette présomption légale n'existe plus quand le gage a été fourni par un autre que par le débiteur. Ce tiers, en effet, n'a entendu obliger sa chose que pour le paiement de la dette qu'il connaît, et il devient impossible de supposer son consentement tacite à une nouvelle affectation.

Au surplus, la disposition de l'art. 2082 est exceptionnelle, et il est de principe élémentaire que les exceptions ne

doivent pas être étendues d'un cas à un autre. On ne saurait donc l'appliquer à une hypothèse autre que celle qui est prévue par le code civil.

40. — Cette même considération va nous permettre de résoudre une difficulté voisine de celle que nous venons d'envisager. Imaginons, en effet, que, postérieurement à la mise en gage, le tiers qui a livré la chose devienne lui-même débiteur envers le créancier : ce dernier peut-il exercer son droit de rétention jusqu'au paiement de l'une et de l'autre dette ?

Peut-il prétendre que la caution réelle, en garantissant l'obligation de son débiteur primitif, était devenue son débiteur accessoire, et que dès lors l'art. 2082 lui devient applicable ? Non évidemment. En effet, d'une part, ainsi que nous l'avons dit, ce n'est point la personne qui s'oblige dans le cautionnement réel, mais c'est le bien affecté à la garantie de la dette d'autrui qui est obligé ; c'est donc ce bien, et non son propriétaire, qui est constitué débiteur; d'autre part, nous ne sommes plus exactement en présence de l'hypothèse prévue par le code civil, et il est impossible d'en étendre les dispositions.

La même solution serait d'ailleurs applicable, croyons-nous, dans le cas où la caution personnelle aurait donné elle-même un gage pour sûreté de son engagement. Elle est bien débitrice, comme l'exige l'art. 2082, mais elle n'est pas débitrice principale, comme le texte le suppose. Dans toutes ces hypothèses, nous refusons donc au créancier le droit de se prévaloir de l'art. 2082, 2e alinéa.

Quoi qu'il en soit, le privilège et le droit de rétention

sont les principaux avantages que recueille le créancier gagiste.

41. — D'un autre côté, il est juste que ce créancier n'ait pas à souffrir des inconvénients que peut lui occasionner la chose remise en gage ; l'art. 2080-2° dit en conséquence que : « Le débiteur doit tenir compte au créancier des « dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la « conservation du gage ». Dans le cas qui est ainsi visé par le législateur, le débiteur et celui qui donne le gage ne forment qu'une seule personne. Mais dans notre hypothèse où le gage est fourni par un tiers, quel est celui qui va rembourser au créancier les dépenses qu'il a faites à l'occasion de la chose remise en gage? Est-ce le débiteur, ou la caution réelle?

C'est cette dernière, dirons-nous, car le contrat est intervenu entre le créancier et la caution, peut-être même à l insu du débiteur. Seulement, comme la caution doit être désintéressée par le débiteur de tous les frais qu'elle a pu être obligée de payer (2028), elle exercera un recours contre lui : c'est donc le débiteur qui supportera en définitive les dépenses qu'a pu faire le créancier pour la conservation de l'objet du gage. Il les devra, non pas comme conséquence de l'exercice contre lui de l'action « *pigneratitia contraria* », mais par suite de l'action en recours que la caution exercera à son encontre.

42. — Pour terminer la liste des droits du créancier, il nous reste, après le privilège et le droit de rétention, à signaler, en outre, un dernier avantage. Il est relatif à l'attribution des fruits.

La personne qui fournit le nantissement demeurant propriétaire (1) de la chose remise en gage, les fruits que produit cette chose doivent lui appartenir : tel est le principe.

Toutefois le créancier, d'après la loi, dans l'hypothèse que prévoit l'art. 2081, les perçoit comme augmentation, accessoire, de son gage primitif. « S'il s'agit d'une créance « donnée en gage, décide en effet l'art. 2081, et que cette « créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts « sur ceux qui peuvent être dus. Si la dette pour sûreté de « laquelle la créance a été donnée en gage ne porte point « elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de « la dette. » Il y a là une atténuation à la règle que celui qui donne le gage en demeure cependant propriétaire. Ceci posé, ferons-nous, à l'occasion de cet article 2081, le même raisonnement que celui que nous avons présenté sur l'art. 2082 ? Dirons-nous que la règle de l'art. 2081 est exceptionnelle, qu'elle est établie pour le cas spécial où le gage ayant pour objet une créance est fourni par le débiteur lui-même, et que, puisque nous supposons ici un cas différent, le droit commun doit redevenir applicable, de telle sorte que la caution réelle aurait droit aux intérêts de la créance remise en gage pour sûreté de la dette d'autrui? Cette question est assez délicate.

— Pour décider que le créancier touchera les intérêts de la créance qui fait l'objet du cautionnement réel, on peut invoquer la généralité des termes de l'art. 2081;

(1) Art. 2079. « Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage qui n'est dans les mains du créancier qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci. »

ce texte ne distingue pas, en effet, entre l'hypothèse où le gage est donné par le débiteur lui-même et celui où il est fourni par un tiers. De plus, le créancier a entre les mains (2076) le titre de la créance qui lui permet d'exiger les intérêts : cela ne laisse-t-il pas supposer que le créancier est tacitement chargé de les recevoir (1)? Telle est une première doctrine.

— Dans une doctrine opposée, on s'appuie sur cette considération, que l'art. 2081 établit une exception à une règle générale, pour prétendre qu'il ne saurait être appliqué en dehors de l'hypothèse où le gage est donné par le débiteur lui-même. Du reste, ajoute-t-on, il n'est guère possible de supposer, dans le silence de la convention intervenue entre les parties, que la caution ait pu pousser la bonne volonté jusqu'à se dépouiller de ses revenus.

Cette dernière opinion nous paraît préférable.

Nous ajouterons que cette difficulté est bien plutôt théorique que pratique, car les parties auront toujours le soin de s'entendre sur ce point au moment de la constitution du gage.

Nous connaissons ainsi les droits du créancier gagiste ; voyons désormais quelles sont ses obligations.

43. — *Obligations du créancier gagiste.* — « Le créancier gagiste, déclare l'art. 2080, répond, selon les règles établies au titre des contrats ou des obligations conven-

(1) Il en résulterait que la signification (2075) aurait cet effet particulier, non seulement de saisir le créancier, mais encore d'avertir le débiteur que les intérêts devront être versés entre les mains du créancier gagiste.

tionnelles en général, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence. »

— Le créancier gagiste doit, en effet, restituer l'objet du gage dès qu'il a reçu un paiement intégral, et la caution a, pour l'y contraindre, l'action *pigneratitia directa*, ou l'action en revendication, puisqu'elle est restée propriétaire.

— De plus, si le créancier abuse de l'objet du gage, c'est-à-dire, s'il s'en sert sans autorisation, ou si, étant autorisé, il en fait un usage abusif, il peut être contraint par la justice de le restituer, sur la demande de la caution (2082, 1er alinéa).

44.—Laissant de côté les obligations du créancier gagiste, nous noterons enfin, pour en finir avec le gage, que l'article 2083 est applicable de tous points dans notre hypothèse, et qu'il suffit de remplacer le mot débiteur dont se sert l'article, par celui de caution réelle, pour avoir une solution pleinement exacte.

Nous dirons donc que le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers de la caution réelle ou ceux du créancier.

D'autre part, l'héritier de la caution réelle qui a payé sa portion de la dette ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée.

Réciproquement, l'héritier du créancier qui a reçu sa portion de la dette ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses co-héritiers qui ne sont pas payés (1).

(1) Nous nous contenterons de signaler ici une question que nous retrouverons en parlant de l'antichrèse, celle de savoir si la caution

§ II. — *Effets du cautionnement réel réalisé par la remise d'un immeuble en antichrèse.*

45. — Aux termes des art. 2077 et 2090, l'antichrèse, comme le gage, peut être fournie par un tiers. Quels seront alors les effets d'une semblable convention? Telle est la question qu'il nous faudra résoudre. Dans ce but, nous allons suivre une marche analogue à celle que nous avons suivie pour le gage.

46. — *Droits du créancier antichrésiste.* — Les droits du créancier antichrésiste sont au nombre de deux : un droit de jouissance et un droit de rétention.

— Le premier est établi par l'art. 2085 dans les termes suivants :

« Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté « de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les « imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est « dû, et ensuite sur le capital de sa créance. »

Le débiteur sera donc redevable à la caution réelle des fruits dont elle aura été privée pendant le temps que durera l'antichrèse, et cette caution aura pour se faire indemniser l'action *mandati contraria* ou *negotiorum gestorum contraria.*

On peut soulever ici une difficulté analogue à celle que nous avons tranchée ci-dessus au sujet de la mise en gage d'une créance pour sûreté de la dette d'autrui.

réelle qui donne un gage pour sûreté de la dette d'autrui est un engagé *propter rem* ; autrement dit, si elle peut se débarrasser de son obligation en délaissant l'objet mis en gage (voir page 60).

Est-il croyable, peut-on dire, que la caution réelle pousse le désintéressement jusqu'à renoncer à l'intérêt de son capital, au revenu de son immeuble, au profit du créancier de la personne qu'elle cautionne ? Cela paraît peu probable. Aussi est-il certain que la plupart du temps, sinon toujours, la convention des parties prendra soin de préciser les avantages consentis au créancier dans un sens restrictif. Mais supposons que l'acte soit muet, que faudra-t-il décider ? Le créancier aura-t-il le droit de percevoir les fruits de l'immeuble ?

Oui, à notre avis, car, aux termes de l'art. 2085, le *seul* droit du créancier antichrésiste est celui de percevoir les fruits ; il n'a pas de privilège, et par conséquent ne peut demander, comme dans le gage, que l'immeuble lui soit attribué, sans perdre immédiatement son droit de rétention, comme nous allons le dire immédiatement. Si donc on lui refuse le droit de jouissance, il n'a plus aucun intérêt au cautionnement, son droit de rétention, le seul qui lui reste, ne lui donnant aucun avantage actuel et ne pouvant lui en procurer, dans l'avenir, que dans l'hypothèse où d'autres créanciers viendront demander la saisie de l'immeuble grevé.

— Le créancier antichrésiste a, en effet, un droit de rétention jusqu'à l'entier acquittement de la dette, mais il n'a pas de privilège comme le créancier gagiste : il ne peut donc pas faire saisir et vendre l'immeuble grevé, car, par là même, il renonce implicitement à son droit de rétention. Mais si la vente a lieu à la requête d'autres créanciers, il oppose à ceux-ci son droit de rétention, ce qui lui assure son paiement par ces créanciers.

47. — *Obligations du créancier antichrésiste.* — Comme corollaire de son droit de jouissance, le créancier antichrésiste a *l'obligation* de payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble.

— « Il doit, de plus, pourvoir à l'entretien et aux « réparations utiles et nécessaires à l'immeuble, sauf « à prélever sur les fruits toutes les dépenses relatives « à ces divers objets » (2086).

— Le créancier doit enfin restituer l'immeuble quand il est intégralement payé ; mais il a la faculté de le restituer auparavant, s'il veut se soustraire aux obligations qui lui incombent (1).

Questions communes au gage et à l'antichrèse.

48. — Notons en terminant que, dans l'antichrèse comme dans le gage, le créancier ne devient point propriétaire de l'objet mis en nantissement par le seul défaut de paiement au terme convenu (art. 2078 et 2088). Il serait inique, en effet, et cela dans tous les cas, que le créancier s'attribuât la propriété du gage en cas de non-paiement, mais surtout si l'objet du nantissement avait été fourni par un tiers.

(1) Notons ici qu'en pratique l'antichrèse est très peu employée par les débiteurs qui veulent garantir leurs propres dettes, et à plus forte raison par les personnes qui veulent se porter cautions réelles. D'une part, en effet, ces cautions n'entendent pas généralement se priver des fruits de leur immeuble ; et d'autre part, sans ce droit aux fruits, la garantie concédée par la caution réelle devient bien minime, puisqu'elle consiste en un simple droit de rétention qui ne saurait avoir d'effet que si quelque autre créancier du même débiteur cautionné veut saisir l'immeuble donné en antichrèse.

Le législateur n'a même pas voulu permettre la possibilité d'une telle clause dans le contrat qui intervient entre le créancier et le débiteur ; et son but, comme l'a dit Berlier, est d'empêcher l'exploitation de la misère par la cupidité, « le débiteur subissant cette condition plutôt qu'il ne l'accepte, puisqu'elle devient la condition du prêt ».

Ces inconvénients n'existant plus quand le gage est fourni par un autre que le débiteur, puisque ce tiers n'a plus les mêmes raisons de se soumettre à la volonté du créancier, et peut discuter librement avec lui, la convention intervenue entre le créancier et le tiers, qui permettrait au premier de s'attribuer le gage en cas de non-paiement par le débiteur, serait-elle valable? Nous répondrons affirmativement, car les art. 2078 et 2088 sont des textes exceptionnels, restrictifs du principe de la liberté des conventions, et dont les dispositions ne sauraient être étendues à des hypothèses qu'elles n'ont pas prévues. Si, de plus, nous prenons en considération l'absence, dans notre hypothèse, des motifs qui ont déterminé cette disposition législative, nous trouvons une nouvelle raison de nous prononcer dans le sens indiqué.

49. — C'est maintenant le lieu de répondre à une question que nous avons soulevée deux fois déjà dans les termes suivants :

La caution réelle qui a donné en nantissement l'un de ses biens, est-elle un obligé *propter rem*, aux termes de la définition qui déclare obligations *propter rem* celles qui sont attachées plutôt à une chose qu'à une per-

sonne, et dont la caractéristique se trouve dans la faculté pour le débiteur de se libérer en abandonnant la chose obligée ? En d'autres termes, la caution réelle peut-elle se libérer en abandonnant l'objet du gage ?

Nous n'entendons pas évidemment par abandon la perte de cet objet résultant de la vente judiciaire poursuivie par le créancier, car c'est là l'exécution pure et simple de l'obligation consentie, mais la renonciation par la caution au droit qu'elle a conservé sur le gage, renonciation qui aurait précisément pour but et pour effet d'éviter la vente judiciaire, comme le détenteur d'un immeuble hypothéqué évite l'expropriation en délaissant l'immeuble.

Il ne saurait non plus s'agir ici de délaissement proprement dit, puisque le délaissement consiste dans l'abandon de la possession et que la caution réelle ne l'a plus : le seul droit qu'elle possède encore et auquel elle puisse renoncer est son droit de propriété.

La question désormais restreinte se traduit donc ainsi : la caution réelle peut-elle devenir étrangère à l'obligation en abandonnant la propriété du gage (1) ? Admettons un instant l'affirmative : l'opération juridique alors réalisée est une dation en paiement ; or il est de principe qu'on ne peut imposer à qui que ce soit une dation en paiement,

(1) Nous avons vu précédemment que les art. 2078 et 2088 ne s'appliquaient pas lorsque le gage ou l'antichrèse étaient fournis par un tiers, c'est-à-dire que la convention pouvait permettre au créancier de disposer du gage.

Mais nous n'avons pas prétendu que le créancier pouvait s'attribuer le gage contre la volonté de la caution.

Ici la question est inverse. La caution réelle peut-elle se débarrasser de son obligation en imposant au créancier de recevoir la propriété du gage ?

un créancier étant toujours libre de refuser autre chose que ce qui lui est dû. Sans doute le créancier peut accepter ce mode de paiement, mais alors nous sommes en présence d'une nouvelle convention, et non plus de l'abandon que nous supposons, acte unilatéral.

Mais, peut-on dire, s'il est impossible à la caution réelle de se libérer en renonçant à son droit de propriété, il est cependant un droit auquel elle peut renoncer unilatéralement : c'est celui de demander la vente ou l'estimation judiciaire du gage (1), en permettant au créancier de se l'attribuer sans accomplir les formalités requises. C'est incontestable, mais cela n'empêche pas la vente ou l'estimation judiciaire d'être nécessaires, si le débiteur principal l'exige ou si le créancier personnel le demande. Sur qui, en effet, poursuivrait-on, dans ce cas, la vente ? Ce ne saurait être sur le créancier qui a refusé de devenir propriétaire : ce ne pourrait être non plus sur le débiteur qui n'a aucun droit sur le gage. Ce serait donc alors sur un curateur ? Mais il faudrait pour cela une disposition analogue à celle qui existe pour le délaissement d'immeuble hypothéqué (2174), et il n'y en a pas ; quant à étendre cet article 2174 à l'hypothèse du nantissement, il n'y faut pas penser, car c'est un texte spécial contenant une dérogation aux principes généraux. Du reste, cela dit seulement pour le cas où le cautionnement réel s'est réalisé par la mise en gage d'une chose mobilière, on ne rencontre plus les motifs qui ont déterminé l'introduction dans la loi de

(1) Différence avec l'hypothèse que nous avons traitée sous l'article 2078 : il s'agissait d'une clause, il s'agit maintenant d'un acte unilatéral.

cette disposition : le législateur a estimé, en effet, que la vente d'un immeuble portait, par suite de sa publicité, une grave atteinte au crédit de celui contre lequel elle était poursuivie, et on a voulu éviter cet inconvénient au tiers détenteur, qui, pour ne pas subir l'ennui des poursuites, préfère abandonner son immeuble ; or, dans l'hypothèse d'une vente mobilière, la publicité, beaucoup moins grande, rend l'inconvénient beaucoup moins grand ; et la nomination d'un curateur n'apparaît plus motivée. Ce sera donc nécessairement sur la caution réelle que sera poursuivie la vente de l'objet du gage. Et nous concluons que le délaissement, ou plutôt la renonciation par la caution réelle à son droit de propriété, ne la mettant pas à l'abri des poursuites, elle ne peut rentrer dans la catégorie des obligés *propter rem* proprement dits.

Mais, à part cette différence, la situation de ceux-ci conserve avec celle des cautions réelles une grande analogie, puisque les uns et les autres ne sont pas tenus personnellement, mais seulement à cause de la chose grevée du droit réel.

§ III. — *Effets du cautionnement réel réalisé par une constitution d'hypothèque.*

50. — La suite de nos développements va nous mettre en présence d'un véritable obligé *propter rem*, la caution réelle qui donne non plus un de ses biens en nantissement, mais consent une hypothèque sur l'un de ses immeubles. Comme nous allons le voir bientôt, en effet, cette personne a la faculté de délaisser.

Mais, avant d'aborder la discussion sur ce point, pré-

cisons les effets de ce cautionnement réel ; ce sont ceux qui résultent de toute constitution d'hypothèque.

51. — La caution reste propriétaire de l'immeuble grevé, et peut, par conséquent, faire tous les actes qui rentrent dans l'exercice du droit de propriété ; elle peut affecter cet immeuble de nouvelles hypothèques, l'aliéner, le donner en antichrèse ; y faire tels changements qu'il lui plaît ; le donner à bail même pour plus de neuf années, vendre les fruits qui en proviennent, etc...

52. — Ces droits sont cependant limités par l'intérêt du créancier : celui-ci a, en effet, obtenu une garantie, sans laquelle il n'aurait pas contracté ; il peut donc, avec juste raison, exiger que la caution ne puisse rien faire qui diminue cette garantie et l'expose à subir une perte. Il a, du reste, le droit, dès que sa sûreté disparaît ou diminue, de prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder ses intérêts compromis. Si, par exemple, l'hypothèque a été constituée sur une maison, et que la caution entreprenne la démolition de cette maison, le créancier peut réclamer la nomination d'un séquestre chargé de maintenir les choses dans l'état où elles se trouvent, et demander que le prix des matériaux soit versé à la caisse des consignations ; mais si ces objets ont été vendus ou livrés à des tiers de bonne foi, le créancier n'a aucun recours contre eux (nous supposons que la dette n'était pas exigible au moment de la démolition, car alors le prix des matériaux aurait dû être versé entre les mains des créanciers hypothécaires).

Si la perte ou la diminution de valeur de l'immeuble provient d'un cas fortuit, la caution n'en est plus responsable au regard du créancier, qui ne peut plus exiger qu'un supplément de garantie, conformément aux art. 2020 et 2031, en nous référant toutefois aux explications déjà fournies sur le premier de ces articles.

53. — A côté de ces effets qui sont le résultat de toute constitution d'hypothèque, il en est d'autres qui, se produisant lorsque cette sûreté a été donnée par le débiteur, ne se rencontrent plus quand l'hypothèque est consentie par une autre personne que ce débiteur.

Pour bien établir ces différences, il nous faut montrer que la situation de notre caution réelle se rapproche beaucoup de celle du tiers détenteur, sans oublier toutefois qu'il existe des dissemblances caractéristiques, comme nous l'avons indiqué au commencement du chapitre précédent et comme nous le répéterons bientôt.

« On désigne, en effet, sous le nom de tiers détenteur, « toute personne qui détient, à titre non précaire, la totalité « ou une partie du fonds grevé du privilège ou de l'hypothè- « que sans être obligée personnellement envers le créancier « au paiement de la dette, par exemple l'acheteur ou le « donataire du fonds ; c'est un détenteur *tiers*, c'est-à-dire « étranger à la dette. Le tiers détenteur n'est donc pas « poursuivi comme débiteur ; ce n'est pas lui qui doit, c'est « l'immeuble : *res non persona debet* ; si l'immeuble pou- « vait se défendre, c'est lui que le créancier attaquerait ; « comme il faut bien que l'action soit dirigée contre une « personne, le créancier agit contre celui qui est naturel-

« lement désigné comme représentant de l'immeuble, « c'est-à-dire contre le tiers détenteur. Le seul lien qui « existe entre lui et le créancier, c'est la détention de l'im- « meuble : ce qu'on exprime en disant qu'il est tenu « *propter rem* ; aussi lui suffit-il de rompre ce droit (en « délaissant) pour échapper aux poursuites du créancier. » Ce sont bien là les traits caractéristiques que nous avons donnés à la caution réelle, aussi les auteurs s'accordent-ils pour reconnaître dans la caution réelle une variété de tiers détenteur ; quelques-uns même allant, mais à tort, comme nous le verrons plus loin, jusqu'à écarter toute distinction (Thézard, *Privilèges et hypothèques*, p. 234).

De cette similitude de situation, nous allons tirer les conséquences relativement aux droits de la caution réelle poursuivie par le créancier.

Supposons donc que, l'échéance s'étant produite, le débiteur principal se trouve insolvable ; le créancier va se retourner contre la caution réelle, et ne pouvant lui demander le paiement de sa dette, va procéder à la saisie immobilière du bien hypothéqué. Dans ce but, il adressera à cette caution une sommation de payer la dette ou de délaisser l'immeuble (art. 2169).

Le tiers détenteur ainsi poursuivi pourrait prendre trois partis : ou payer, ou délaisser, ou purger.

En sera-t-il de même pour la caution réelle ?

54. — Evidemment la caution réelle peut payer. Le créancier ne peut l'exiger d'elle, mais si elle entend elle-même renoncer, pour ainsi dire, à la faveur qu'elle a

stipulée en ne s'obligeant que réellement, le créancier ne peut refuser ce mode de paiement, le plus favorable et le plus sûr pour lui.

Mais cette solution se produit rarement, par cela même qu'elle ne correspond pas à l'engagement pris par la caution réelle ; et cette caution refusant de payer, puisqu'elle n'y est pas tenue, devra prendre l'un des deux autres partis.

55. — La caution réelle peut-elle délaisser ?

La réponse affirmative à cette question est assez facile à légitimer et n'est pas, du reste, contestée par les auteurs qui, tous, se prononcent dans ce sens.

— Aux termes de l'art. 2172, en effet, le délaissement peut être fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à la dette et qui ont la capacité d'aliéner. Or la caution réelle qui est, nous le savons, capable d'aliéner, est aussi libre de toute obligation personnelle, puisqu'elle a seulement consenti à engager son immeuble : elle doit donc pouvoir délaisser.

Une objection se présenterait, si cette faculté entraînait une dérogation à l'engagement pris envers le créancier de respecter le contrat intervenu, et par conséquent de ne pas diminuer la garantie concédée ; mais en délaissant, loin de porter atteinte à la convention, la caution réelle se contente d'en suivre les dispositions, de se soumettre à ses conséquences, puisque le délaissement entraîne la vente aux enchères, but auquel aboutit nécessairement l'action hypothécaire ; elle cherche seulement ainsi à rendre cette action moins désagréable et moins

onéreuse pour elle (1), ce qu'on ne saurait lui refuser. (Colmet de Santerre, t. IX, n° 152, xv.) — (Troplong, *Privilèges et hypothèques,* t. III, n° 816.) — (Martou, t. III, n° 1280.) — (Pont, t. XI, n° 1179.) — (Laurent, t. XXXI, p. 260.) — (Aubry et Rau, § 287, p. 454.)

— Du reste, n'est-il pas rationnel d'admettre que l'intention de la caution réelle, en contractant, était de n'être pas moins bien traitée par rapport à la dette que ne le serait l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué par le débiteur lui-même, lequel acquéreur a la faculté de délaisser ?

— Il ne rentre pas dans le cadre de notre sujet d'étudier les formes et la procédure du délaissement, qu'il nous suffira de rappeler, après en avoir admis le principe, en citant l'art. 2174 : « Le délaissement par hypothèque « se fait au greffe du tribunal de la situation des biens, « et il en est donné acte par ce tribunal.

« Sur la pétition du plus diligent des intéressés, il est « créé à l'immeuble délaissé, un curateur sur lequel la « vente de l'immeuble est poursuivie, dans les formes « prescrites pour les expropriations. »

— Avant d'abandonner ce sujet du délaissement, il est important de noter que le tiers détenteur qui délaisse l'immeuble en abandonne non pas la propriété, mais la simple possession. Il en résulte que si, postérieurement au délaissement, mais avant le jugement d'adjudication, l'immeuble vient à périr par cas fortuit, la perte incombe à la caution réelle, qui sans doute est libérée, mais ne

(1) Cette caution réelle est donc un obligé *propter rem*, dans toute l'acception du mot.

peut réclamer le prix de l'immeuble au débiteur. Il en résulte aussi que la caution réelle peut, jusqu'au jugement d'djudicataion, reprendre l'immeuble en payant la dette et les frais faits par le créancier.

56. — Nous avons dit que le tiers détenteur poursuivi par l'action hypothécaire avait à sa disposition un troisième parti, celui de purger ; avant de nous demander si la caution réelle peut employer ce mode de libération, rappelons en quelques mots ce qu'est la purge.

C'est un moyen, pour l'acquéreur d'un immeuble, d'affranchir cet immeuble des privilèges et hypothèques qui le grèvent, en offrant aux créanciers privilégiés et hypothécaires son prix d'adjudication ou la valeur estimative de l'immeuble. Ceci posé, accorderons-nous à la caution réelle la faculté de purger ?

— Oui, disent certains auteurs, parce que toute personne admise à délaisser comme n'étant pas personnellement obligée à la dette, est par cela même autorisée à purger. (V. Troplong, IV, n° 903 bis, et Martou, IV, n° 1379, p. 58.)

Nous ne croyons pas pouvoir admettre une telle opinion. Sans doute, celui qui ne peut pas délaisser ne peut pas davantage purger ; mais il ne s'en suit pas que la faculté de délaisser entraîne celle de purger.

Il ne faut pas oublier, en effet, que le propriétaire qui a hypothéqué son bien à la sûreté de la dette d'autrui, s'est engagé à respecter la garantie qu'il a consentie, et par conséquent à ne rien faire qui puisse la diminuer. Or, tandis que le délaissement ne porte aucune atteinte aux

droits du créancier, puisqu'il aboutit à l'expropriation, absolument comme si la caution réelle conservait la possession de l'immeuble, la purge ne respecte pas les conventions des parties ;

« Purger, en effet, c'est forcer le créancier à recevoir son « paiement par anticipation, ou ce qui est plus grave, à « recevoir un paiement partiel ; purger, c'est, moyennant « une indemnité, enlever au créancier un droit réel acquis « à titre de sûreté d'une obligation principale. La purge « modifie donc les conditions et les termes du contrat qui a « créé l'obligation, et aussi du contrat qui a créé l'hypothèque « son accessoire, car une garantie doit naturellement subir « le sort de l'obligation principale dans son existence et « son extinction ». (Labbé, *Revue critique,* VIII, p. 210.)

« Le tiers détenteur a la faculté de purger. Pourquoi?

« Parce qu'il n'a pas contracté avec le créancier; il n'est « pas tenu de respecter un contrat dans lequel il n'a pas « été partie. Il a reçu du législateur un droit qui est une « grande faveur, mais qui n'est pas injuste, parce que la « foi due aux contrats n'est pas violée, les parties elles-« mêmes ne manquant pas à leur engagement. » (Labbé.)

Or celui qui a hypothéqué son bien pour la dette d'autrui n'est pas un tiers détenteur, dans le sens ainsi précisé du mot, car il n'est pas étranger au contrat qui constitue l'hypothèque : il y fut partie contractante, et par cela seul qu'il a consenti l'hypothèque, il a promis qu'elle suivrait l'obligation et aurait la même destinée ; il ne s'est pas réservé le droit de retirer au créancier hypothécaire, et quand il lui plairait, la garantie concédée ; et c'est pourtant ce qui aurait lieu, s'il pouvait choisir lui-même le moment

de la vente et en déterminer les conditions et le prix.

En un mot, la caution réelle s'est engagée à respecter le contrat intervenu entre elle et le créancier ; elle ne peut donc pas conserver, moyennant une indemnité, ses biens libres et affranchis, quand ils doivent, aux termes de ce contrat, rester affectés jusqu'à l'acquittement de la dette qu'elle aurait hypothécairement garantie.

Tels sont les arguments qui décident la plupart des auteurs à adopter cette opinion. (V. Labbé ; — Pont, t. XI, n° 1272 ; — Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, note 24 ; — Demante, t. IX, n° 169 bis, VIII ; — Baudry, t. III, 1515.)

Laurent (t. XXXI, n° 424), qui se prononce dans le même sens, donne de sa manière de voir des motifs différents. D'après lui, celui qui hypothèque sa chose pour autrui ne s'engage à rien du tout, car, s'il s'engageait, il serait débiteur personnel, d'où il résulterait que la base de notre théorie disparaîtrait tout entière.

Cette objection nous paraît facile à réfuter. Il est de règle certaine, en effet, que pour interpréter les conventions, il faut tenir compte de l'intention des parties : or la caution réelle déclare toujours implicitement ou explicitement ne pas vouloir s'engager personnellement, elle entend donc ne contracter qu'une obligation réelle. Au surplus, c'est discuter sur les mots ; nous sommes au fond absolument d'accord avec Laurent, car, nous l'avons dit et répété, c'est le bien qui, par suite du contrat, devient obligé, et non pas la caution elle-même.

Laissant de côté ce premier argument, envisageons le second motif sur lequel s'appuie la décision de Laurent.

Pour purger, ajoute cet auteur, il ne suffit pas d'être

tiers détenteur. Il faut, de plus, être acquéreur, nouveau propriétaire ; toutes les dispositions du chapitre relatif à la purge le supposent (articles 2182 et suivants. — V. Laurent, t. XXXI, n° 421), et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. Or la caution réelle n'est pas un acquéreur dans le sens de la loi; au moment où elle a acquis l'immeuble, celui-ci était libre, et c'est postérieurement qu'il a été grevé. Cette caution ne possède donc pas la qualité de nouveau propriétaire exigée par l'article susindiqué.

Cet argument d'une valeur indiscutable est, pour nous, une nouvelle raison de nous rallier à l'opinion que nous avons soutenue et presque unanimement admise.

— Il faut pourtant remarquer que M. Dalloz, dans son Supplément au Répertoire (*Cautionnement*, n° 1271), ne partage pas cette manière de voir. La question à résoudre, à son avis, est une question d'interprétation de volonté : la caution réelle pourrait fort bien se réserver la faculté de purger ; par cela même qu'elle ne se l'est pas réservée expressément, l'a-t-elle abdiquée ? Dans le doute, il lui semble que cette faculté devrait lui être laissée comme à tout tiers détenteur non obligé à la dette.

Nous avons donné précédemment les arguments qui démontrent l'impossibilité d'une telle solution ; nous les rappelons en quelques mots. Pour pouvoir purger, il faut être tiers détenteur ; or, si la caution réelle est un tiers en ce qui concerne la dette elle-même, elle ne l'est pas en ce qui concerne la constitution d'hypothèque, puisque c'est elle qui l'a consentie : de plus, l'interprétation littérale des termes de la loi favorise cette interprétation,

puisqu'ils précisent le sens du mot « tiers détenteur » en employant l'expression plus étroite d'acquéreur, nouveau propriétaire.

Nous connaissons ainsi les différents partis que peut prendre la caution réelle poursuivie par l'action hypothécaire.

Elle peut payer ou délaisser, mais il ne lui est pas permis de purger.

57. — Pour terminer cette étude de la caution réelle tiers détenteur, il nous reste à examiner s'il lui est loisible d'opposer les exceptions qui appartiennent au tiers détenteur, l'exception de garantie et l'exception de discussion.

Exception de garantie. — Nous n'avons rien de spécial à signaler concernant l'exception de garantie, et la caution réelle, comme toute personne, peut l'invoquer, toutes les fois que le créancier est, vis-à-vis d'elle, tenu à la garantie.

A ce propos, il est à remarquer que, dans cette hypothèse, la sûreté conférée par le tiers peut être plutôt apparente que réelle. En voici un exemple : Primus, après avoir constitué une hypothèque sur l'un de ses immeubles pour garantie d'une créance de Secundus contre Paul, meurt, laissant deux héritiers, Secundus et Tertius ; dans le partage des biens qui composent la succession, l'immeuble hypothéqué est attribué à Tertius. Plus tard, l'échéance étant arrivée, et Paul étant insolvable, Secundus intente l'action hypothécaire afin de se payer sur le prix de l'immeuble. Tertius, le propriétaire, lui répond alors : « En

qualité de co-partageant, vous me devez la garantie, vous ne pouvez donc pas m'évincer. »

58. — *Exception de discussion.* — Quant à l'exception de discussion, quelques explications sont nécessaires.

— Tout d'abord, une remarque importante s'impose :

Il existe deux bénéfices de discussion : l'un organisé par les art. 2022 et 2023 au profit de la caution, l'autre par les art. 2170 et 2171 au profit du tiers détenteur.

Il peut donc paraître étrange, au premier abord, que l'on puisse se demander si la caution réelle, à la fois caution et tiers détenteur, pourra profiter d'une faveur qu'une seule de ces deux qualités suffirait à lui faire accorder. Mais cette simple constatation ne saurait suffire pour résoudre notre difficulté ; le tiers détenteur, en effet, doit remplir certaines conditions pour jouir de ce bénéfice ; de son côté, la caution doit être dans une situation déterminée pour pouvoir opposer cette exception. Il faudra donc distinguer dans la caution réelle les deux qualités de tiers détenteur et de caution ; et nous demander, d'une part, si, en tant que tiers détenteur, elle remplit les conditions voulues par les art. 2170 et 2171 ; d'autre part si, en tant que caution, elle satisfait à l'art. 2022.

Ce n'est pas à dire que la caution réelle, pour avoir le bénéfice de discussion, devra satisfaire à la fois aux exigences de l'art. 2170 et à celles de l'art. 2022. Elle pourra exercer ce bénéfice en vertu soit de l'un, soit de l'autre de ces articles : quand elle aura donné une hypothèque sur l'un de ses immeubles pour sûreté de la dette d'autrui, elle pourra peut-être invoquer l'exception comme tiers déten-

teur, elle pourra peut être l'invoquer comme caution. Si la garantie concédée par elle consiste dans un nantissement, elle ne pourra se prévaloir de la qualité de tiers détenteur et n'aura recours qu'à l'article 2022.

Ici nous n'envisageons que la situation de la caution réelle tiers détenteur et nous ne nous préoccupons que du bénéfice de l'art. 2170 (1).

Voici donc comment se pose la question :

La personne qui a hypothéqué son bien à la sûreté de la dette d'autrui, peut-elle opposer l'exception de discussion comme tout tiers détenteur, lorsqu'elle est poursuivie par l'action hypothécaire ?

Quelles sont, pour ce faire, les conditions exigées ?

L'article 2170 les indique en ces termes : « Néanmoins le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au titre du cautionnement; pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué. »

Dès lors, si nous supposons (ce qui n'a aucune importance pour notre sujet) qu'il existe d'autres immeubles

(1) Nous examinerons plus tard si, en tant que caution, la personne qui a hypothéqué son bien pour sûreté de la dette d'autrui peut se prévaloir de l'art. 2022; mais, dans cette seconde hypothèse, il ne s'agira plus que d'un bénéfice accordé à une caution; nous n'examinerons donc pas spécialement le cas de constitution d'hypothèque, mais toutes les hypothèses de cautionnement réel, même lorsqu'il se réalise par un nantissement.

hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, il nous semble que la réponse à notre question doive être affirmative, puisque la caution réelle, nous le savons, n'est pas personnellement obligée à la dette (1).

Et c'est en effet la solution que donnent certains auteurs, entre autres M. Thézard (*Privilèges et hypothèques*, n° 168), car, d'après lui, la caution réelle n'est tenue que *propter rem* et elle a la position de tiers détenteur absolu.

MM. Aubry et Rau admettent implicitement la même solution. Après avoir exposé les règles applicables au tiers détenteur, ils déclarent que les mêmes règles s'appliquent au tiers qui a fourni une hypothèque pour la dette d'autrui sans s'y obliger personnellement, sauf certaines exceptions qu'ils signalent, mais parmi lesquelles le bénéfice de discussion ne se trouve pas indiqué : d'où il faut conclure que, d'après ces auteurs, la caution réelle a le bénéfice de discussion (t. III, p. 454).

Cette opinion serait admissible si l'art. 2170 était le seul sur la matière, mais il existe aussi un art. 2171, aux termes duquel, « le bénéfice de discussion ne peut être opposé au créancier ayant hypothèque *spéciale* sur l'immeuble ».

Or le cautionnement réel naît de la convention, et il n'y a d'hypothèque *conventionnelle* valable, que celle qui dé-

(1) Nous ne parlons pas ici de la personne qui, s'étant portée caution, serait ensuite devenue propriétaire d'un immeuble hypothéqué à la même dette, ou qui aurait garanti son propre cautionnement personnel par une hypothèque sur l'un de ses immeubles ; dans l'un et l'autre cas, en effet, cette personne est personnellement obligée à la dette.

clare *spécialement* la nature et la situation de chacun des biens (2129) : d'où nous concluons que l'hypothèque qui constitue un cautionnement réel est toujours spéciale, et que la personne qui l'a consentie ne peut jamais invoquer le bénéfice de discussion.

59. — Une question subsidiaire d'interprétation de l'art. 2170 se pose ici : celle de savoir si le tiers détenteur proprement dit, tiers acquéreur, peut requérir la discussion des immeubles hypothéqués à la dette par le tiers caution réelle.

Nous renvoyons l'examen de cette difficulté au paragraphe où seront traités les différents recours des cofidéjusseurs les uns contre les autres.

SECTION DEUXIÈME.

Règles du cautionnement personnel applicables au cautionnement réel.

60. — Connaissant désormais les règles du nantissement et du contrat hypothécaire qui sont applicables au cautionnement réel, il nous reste à déterminer quelles sont, parmi les dispositions relatives aux effets du cautionnement proprement dit, celles que nous devons étendre à notre contrat.

Nous suivrons, dans cette étude, l'ordre du code qui est à la fois le plus simple et le plus naturel.

Dans un paragraphe premier, nous rechercherons donc les effets du cautionnement réel entre le créancier et la

caution ; dans un paragraphe deuxième, nous établirons la situation respective du débiteur et de la caution réelle ; dans un paragraphe troisième, nous verrons quels sont les différents recours des cautions les unes contre les autres.

Abordons de suite le paragraphe premier.

§ I. — *Effets du cautionnement réel entre le créancier et la caution.*

61. — Dans le cautionnement personnel, deux tempéraments sont apportés à l'obligation rigoureuse pour la caution de payer à l'échéance, si le débiteur ne le fait pas lui-même : la caution peut opposer à la poursuite du créancier l'exception de discussion et l'exception de division.

62. — *Exception de discussion.* — La première, organisée par les art. 2021 et 2022, consiste dans le droit pour la caution d'exiger, avant de payer, la discussion des biens du débiteur, afin de faire constater d'une façon certaine son insolvabilité. Cette institution a pour fondement des considérations d'équité. A s'en tenir strictement aux termes du contrat, la caution devrait payer à l'échéance à la place du débiteur incapable de le faire ; mais on lui permet d'obtenir un sursis (c'est en effet une exception dilatoire) en demandant la discussion des biens de celui qu'elle a cautionné. Puisque c'est pour rendre service au débiteur que la caution est intervenue, n'est-il pas juste qu'elle fasse constater que le débiteur est bien dans l'impossibilité de payer avant de s'y résoudre elle-même ?

— Ces motifs d'équité conservent leur valeur si l'on

se trouve en présence d'un cautionnement réel. Sans doute, la caution réelle n'est pas obligée de payer, mais elle est tenue de laisser vendre le bien affecté ; et c'est là un préjudice qu'elle ne veut subir que s'il lui est impossible de l'éviter.

Il semblerait donc juste d'accorder ce bénéfice à l'une et à l'autre caution ; et le texte même de l'article 2021 (1) ne s'oppose pas à cette solution, puisqu'il dispose :

« La caution n'est obligée envers le créancier à le payer « qu'à défaut du débiteur qui doit être préalablement dis- « cuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé « au bénéfice de discussion. »

Nous serions donc en droit d'accorder cette exception à la caution réelle, s'il n'était pas une considération qui nous arrête.

— Il nous faut constater, en effet, que la caution obligée solidairement avec le débiteur, aux termes de l'art. 2021, la caution ordinaire quand elle a été imposée par la justice, d'après l'art. 2042, le donneur d'aval, véritable caution, mais tenue solidairement avec le tireur, ne peuvent invoquer la discussion : ce qui nous montre que le législateur a entendu instituer une faveur exceptionnelle, dont la seule caution proprement dite a été appelée à bénéficier (puisqu'il en a exclu toutes les autres cautions auxquelles il a pu songer) ; d'où nous concluons

(1) Nous traitons ici du bénéfice de discussion accordé à la caution ; nous envisageons donc tous les cas de cautionnement réel, même celui où la garantie consiste dans une constitution d'hypothèque ; mais nous laissons complètement de côté l'exception des art. 2170 et 2171.

Il s'agit seulement ici du bénéfice de discussion qui peut être accordé à la caution réelle en vertu de son caractère de caution.

que la caution réelle ne saurait invoquer cette exception. En principe, toute sûreté doit suivre, à titre d'accessoire, le sort de l'obligation principale, que cette garantie soit personnelle ou réelle ; pour qu'il en soit autrement, il faut un texte formel ; et il n'en est pas qui puisse s'appliquer au cautionnement réel.

— Au surplus, l'interprétation vraisemblable de la convention des parties donne un nouveau motif de refuser le bénéfice de discussion à la caution réelle.

Le créancier qui a contracté en considération de la garantie qui lui était fournie, l'a considérée non pas tant comme un cautionnement que comme une sûreté réelle. Il a compté sur ce gage qui lui est fourni par un tiers comme sur celui que lui fournirait son débiteur ; il espère y trouver les avantages qu'on y rencontre habituellement ; permettre par conséquent à ce tiers d'user du bénéfice de discussion, c'est diminuer les avantages en vue desquels le créancier a contracté et auxquels il a légitimement droit ; c'est modifier la convention.

63. — *Bénéfice de division.* — Ces motifs, qui nous déterminent à refuser à la caution réelle le droit d'invoquer le bénéfice de discussion, nous imposent aussi l'obligation de lui refuser le bénéfice de division organisé par les art. 2025 et 2026 ainsi conçus : « Lorsque plusieurs « personnes se sont rendues caution d'un même débiteur « pour une même dette, elles sont obligées chacune à « toute la dette » (2025).

« Néanmoins chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait « renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier

« divise préalablement son action et la réduise à la part « et portion de chaque caution » (2026-1°).

— Supposant donc l'existence de plusieurs cautions tant personnelles que réelles, pourrons-nous accorder à ces dernières le droit de repousser les poursuites du créancier par l'exception de discussion? Non, car c'est encore là un bénéfice exceptionnel établi en faveur seulement de la caution proprement dite, et qui ne peut être étendu à d'autres personnes que celles prévues par le législateur.

— Un nouvel argument vient, du reste, légitimer cette décision.

Le cautionnement réel se réalise, avons-nous dit, soit par un nantissement, soit par une constitution d'hypothèque ; et, dans l'un et l'autre cas, il faut un acte écrit « dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due ». Il en résulte que l'obligation de la caution réelle ainsi parfaitement limitée par la convention ne peut être modifiée postérieurement par la volonté d'une seule des parties ; on peut donc dire que par le contrat lui-même la caution réelle a renoncé implicitement au bénéfice de division.

— Au surplus, quelle serait pour elle l'utilité de ce bénéfice ?

Le seul but qu'elle puisse viser en opposant un moyen de défense quelconque, est d'éviter la vente de son bien : or l'évitera-t-elle en invoquant le bénéfice de division ?

Nullement ; qu'on la poursuive pour la totalité de la dette, qu'on la poursuive pour la dixième partie seulement, la poursuite pour elle sera la même, et aura le même résultat : la vente aux enchères du bien grevé.

64. — Ces deux *exceptions* de discussion et de division ne sont pas les seules que le législateur ait établies en faveur de la caution ; il pourrait donc paraître utile, pour avoir un tableau complet des moyens de défense dont la caution personnelle est appelée à bénéficier et qui sont refusés à la caution réelle, d'étudier ici les autres exceptions que la loi accorde à la caution ; nous verrions ainsi qu'outre les exceptions que nous venons d'envisager, accordées par un motif d'équité et de protection, il en est d'autres attribuées à la caution en sa qualité de débiteur accessoire, et dont parle l'art. 2036 : « La caution peut opposer au « créancier toutes les exceptions qui appartiennent au « débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. »

Il nous faudrait aussi parler de l'exception établie par l'art. 2037 qui décharge la caution de son obligation quand le créancier a, par son fait, rendu impossible la subrogation légale au profit de la caution.

Mais nous n'avons pas encore indiqué ce qu'il faut entendre par subrogation légale dans cette hypothèse ; il serait donc prématuré de vouloir expliquer immédiatement cet article 2037, et cela nous exposerait ou à commettre des redites ou à supposer des solutions que nous ne connaissons pas encore.

Au surplus ces deux articles établissent en réalité des causes d'extinction du cautionnement ; leur place est tout indiquée dans notre dernier chapitre.

L'ordre du code que nous avons adopté, nous conduit à parler maintenant des effets du cautionnement réel entre le débiteur et la caution.

§ II. — *Effets du cautionnement réel entre le débiteur et la caution.*

65. — Avec les articles 2028 à 2033 qui traitent cette matière, nous allons supposer que la caution a désintéressé le créancier, et nous demander par quels moyens cette caution pourra se faire indemniser.

La caution réelle a deux façons d'acquitter la dette qu'elle a garantie : elle peut, si elle le préfère, payer le montant de l'obligation ; elle peut se contenter de se soumettre à la poursuite hypothécaire (1) du créancier en laissant vendre son immeuble.

Dans l'un et l'autre cas, la caution réelle joue le rôle d'une véritable caution, puisqu'elle a acquitté la dette cautionnée ; nous lui accorderons donc les deux recours, dont peut user toute caution proprement dite :

66. — *Action directe.* — Le premier est un recours direct qui s'exerce par une action personnelle dirigée contre le débiteur :

Quelle est cette action ?

— L'art. 2028 nous l'indique : Si le cautionnement est intervenu à la demande du débiteur, ou si celui-ci en a eu simplement connaissance, la caution a joué vis-à-vis de lui le rôle d'un mandataire, et l'action qu'elle pourra utiliser sera l'action « *mandati contraria* ».

(1) Dans la suite de nos explications nous supposerons désormais, les solutions étant les mêmes quel que soit le mode de cautionnement réel, que ce cautionnement réel se présente sous forme d'hypothèque.

Si au contraire le débiteur a ignoré la garantie consentie en sa faveur par la caution réelle, celle-ci se trouve dans la situation d'un simple gérant d'affaires, et a droit à l'action « *negotiorum gestorum contraria* ».

L'indemnité obtenue par la caution varie quelque peu, suivant qu'elle exerce l'une ou l'autre de ces actions ; mais nous ne signalerons que plus loin cette légère différence (p. 86) voulant préciser dès maintenant les termes de l'art. 2028 qui fixent l'étendue du recours, et nous supposerons, jusqu'à nouvel ordre, que l'action exercée par la caution est l'action de mandat.

« Ce recours, dit cet article 2028, a lieu tant pour le « principal que pour les intérêts et les frais ; néanmoins « la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits « depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les pour- « suites dirigées contre elle. Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu. »

— Que faut-il entendre par *principal ?*

C'est tout ce qui a pu être fourni par la caution pour procurer au débiteur sa libération. C'est-à-dire dans notre hypothèse la valeur de l'immeuble saisi (1).

Par l'*intérêt* il faut comprendre l'intérêt de toutes les sommes déboursées par la caution à l'occasion du cautionnement et dont nous fixons le point de départ non pas du jour de la demande, comme le disait Pothier, mais du jour du paiement. Et en voici la raison : le cautionnement dans les rapports qu'il fait naître entre la caution et le débiteur

(1) Si le prix de l'immeuble dépassait le montant de l'obligation garantie, le surplus de ce prix serait remboursé au propriétaire.

est un acte de bienfaisance ; il est donc juste que cette « caution soit complètement indemnisée par le débiteur, et « cela ne serait pas si, indépendamment des sommes dé- « boursées, la caution ne retrouvait pas l'intérêt de ces « sommes du jour où elles sont sorties de ses mains. »

Le recours d'après l'art. 2028 a lieu également *pour les frais* par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle.

Il semblerait résulter de ce texte que la caution n'a de recours que pour les frais faits par elle ; or nous savons (art. 2016) que le cautionnement s'étend aux frais de la première demande, c'est-à-dire aux frais faits par le créancier contre le débiteur ; la caution ainsi tenue de les payer va-t-elle donc, comme semble l'indiquer l'art. 2028, en demeurer définitivement chargée ? Sera-t-elle dans l'impossibilité de les répéter ? L'équité commande le contraire, et les auteurs sont d'accord pour reconnaître que la rédaction de l'art. 2028 est défectueuse, et lui attribuer son véritable sens en le modifiant de la façon suivante: « Néan- « moins la caution n'a de recours pour les frais faits *par* « elle *que* pour ceux qu'elle a faits depuis qu'elle a dénoncé « au débiteur principal les poursuites dirigées contre « elle. »

Enfin le même article ajoute : « La caution a aussi recours pour les *dommages et intérêts*, s'il y a lieu », faisant ainsi au cautionnement l'application de la règle posée dans l'art. 2000, d'après lequel « le mandant doit indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable ». Il serait injuste, en effet, que la caution qui a

rendu service au débiteur fût sans recours contre celui-ci, quand l'exécution de son mandat lui aura occasionné des pertes ou des dommages quelconques.

Ainsi se trouve précisée l'étendue du recours attribué à la caution réelle dans le cas où elle a strictement exécuté son obligation, c'est-à-dire lorsqu'elle a laissé vendre l'immeuble hypothéqué.

67. — N'y aurait-il rien de particulier à dire, lorsque, désireuse de conserver son bien, la caution a préféré désintéresser le créancier en le payant ?

Une distinction est nécessaire :

— Si l'immeuble hypothéqué est d'une valeur égale ou supérieure à la dette, le recours de la caution sera aussi étendu que si la vente avait eu lieu, car le créancier se trouve complètement désintéressé, comme s'il s'était payé sur le prix de l'immeuble ; la caution aura donc le droit de répéter les sommes qu'elle a déboursées, absolument comme le ferait une caution personnelle. Pour parler encore plus correctement, rappelons que la véritable caution est l'immeuble et que son propriétaire n'en est que le représentant ; en payant le créancier, ce propriétaire ne fait donc qu'exécuter l'obligation au nom de l'immeuble, et se trouve en même temps subrogé aux droits de cet immeuble, droits qui sont ceux d'une caution.

— Il peut se faire au contraire, que l'immeuble hypothéqué ait une valeur inférieure à la dette. Si la caution réelle paie, pourra-t-elle exercer son recours de la même façon que précédemment ?

Evidemment non : il n'est plus possible, en effet, de dire

que cette caution a rempli l'obligation de l'immeuble qu'elle représente, puisqu'elle a fait plus que ce à quoi cet immeuble était obligé : elle a donc en payant au delà de la valeur de l'immeuble agi en gérant d'affaires.

L'action qu'elle pourra exercer sera donc non pas l'action de mandat mais l'action « *negotiorum gestorum contraria* ».

68. — C'est la particularité de cette action qu'il nous faut maintenant signaler, particularité qui se présentera non seulement au cas dont nous parlons, cas dans lequel la caution réelle a payé au delà de la valeur de l'immeuble, mais encore dans l'hypothèse où elle s'est laissé poursuivre, après avoir consenti une hypothèque à l'insu du débiteur. Cette particularité consiste dans ce fait que l'action « *negotiorum gestorum contraria* » ne peut avoir d'effet qu'autant que la caution justifie avoir fait une dépense nécessaire ou au moins utile (1375). Mais cette justification faite, le recours a la même étendue que si le cautionnement était intervenu à la demande du débiteur (1).

Afin d'être complet, il nous reste à prévoir le cas où la caution réelle est intervenue non plus seulement à l'insu du débiteur, mais contre son gré :

Nous ne saurions voir alors dans cette intervention un quasi contrat de gestion d'affaires, et d'accord avec la très grande majorité des auteurs, nous refuserons toute action personnelle à cette caution qui ne pourra exercer son recours qu'au moyen de l'action subrogatoire dont il nous faut maintenant parler.

(1) S'il est établi que la caution réelle est intervenue dans un but de pure libéralité, elle n'a aucun recours ; mais ce cas est rare.

69. — *Action subrogatoire.* — Cette action est basée sur un motif d'équité que nous pouvons formuler ainsi avec l'article 1251 3° : « La subrogation a lieu de plein « droit, au profit de celui qui a payé une dette dont il est « tenu avec d'autres, ou pour d'autres ». Ce principe est appliqué par le code dans de nombreuses circonstances, et notamment au cautionnement par l'art. 2029 dont voici les termes : « La caution qui a payé la dette est subrogée à « tous les droits qu'aurait le créancier contre le débiteur. »

La caution réelle, c'est de toute justice, doit profiter de cette faveur générale, et cela, quel que soit le mode par lequel le créancier aura été désintéressé ; que la caution réelle ait payé désirant conserver son immeuble, ou au contraire qu'elle ait subi les poursuites hypothécaires.

Nous n'aurons à indiquer ici que les effets produits par cette subrogation, entre le débiteur et la caution. Mais, saisissant l'occasion, nous allons ouvrir une parenthèse pour indiquer en quelques mots l'origine de cette subrogation, cette recherche devant nous être utile dans nos développements futurs.

70. — Cette origine se trouve dans le bénéfice : « *cedendarum actionum* » accordé à Rome à toute personne qui tenue d'une dette pour d'autres, a droit, en payant cette dette, de se faire céder les actions du créancier contre les autres débiteurs. Ce principe fut appliqué au fidéjusseur, mais au moyen de la fiction juridique suivante : on supposait que la caution achetait au créancier sa créance, et que celui-ci n'ayant pas d'intérêt à être désintéressé par telle personne plutôt que par telle autre, pourvu qu'il le fût, ne pouvait

se refuser à la lui accorder ; et c'est en vertu de cette vente fictive que la caution pouvait exercer les actions du créancier ; ce bénéfice n'était du reste pas accordé de plein droit, et pour l'obtenir, le fidéjusseur devait le demander avant le paiement.

Dans notre ancienne jurisprudence, ce bénéfice subsista et, comme en droit romain, la subrogation de plein droit ne fut pas admise, malgré l'opinion de Dumoulin.

Il faut arriver au code civil pour trouver la subrogation légale.

Dans l'exposé des motifs du titre des contrats et obligations, Bigot Préameneu en posa le principe qui fut consacré par l'article 1251 puis appliqué spécialement à la caution par l'article 2029. « La caution paie, dit Treilhard, à défaut de paiement de la part du débiteur. Le premier effet de ce paiement a dû être la subrogation de la caution à tous les droits du créancier. C'est un troisième bénéfice que la loi accorde au fidéjusseur : il n'a pas besoin de requérir cette subrogation, elle est prononcée par la loi puisqu'elle résulte du seul fait du paiement. »

71. — L'origine de la subrogation ainsi expliquée, nous fermons la parenthèse pour continuer l'étude des effets du cautionnement entre le débiteur et la caution.

Comme conséquence de cette subrogation, la caution peut exercer *tous* les droits du créancier, le mot *tous* comprenant aussi bien les garanties qui existent au moment du cautionnement que celles qui ont été consenties depuis (1). La

(1) Voir plus loin p. 103 pour les sûretés consenties postérieurement au cautionnement.

caution pourra donc demander tout ce qu'aurait pu demander le créancier, mais rien au delà. Ainsi elle ne pourrait pas réclamer les frais des poursuites qui ont été dirigées contre elle, ni les dommages-intérêts qui peuvent lui être dus. Elle ne pourra se faire rembourser au moyen de l'action subrogatoire, et en exerçant au besoin les hypothèques existant au profit du créancier, que le montant de la dette, plus les frais faits par le créancier contre le débiteur. Si nous supposons que la caution n'acquitte la dette qu'en partie ; si par exemple la dette étant de 20,000 fr. la vente de l'immeuble ne produit que 10,000 fr., il faut appliquer l'article 1252 du code civil, d'après lequel la subrogation ne peut nuire au créancier quand il n'a reçu qu'un paiement partiel. Le créancier exerce alors ses droits pour le surplus de la créance, par préférence à la caution ; celle-ci ne profite des garanties attachées à la dette que sur ce qui reste après que le créancier s'est complètement payé.

72. — Des explications qui précèdent, il résulte que la caution trouve dans les deux actions, *action subrogatoire* et *action personnelle directe* qui lui sont accordées, des avantages différents.

— Par l'action subrogatoire elle peut exercer les différentes sûretés qui accompagnent la créance entre les mains du créancier, mais en revanche elle ne peut répéter les frais des poursuites dirigées contre elle, et les dommages-intérêts auxquels elle peut avoir droit.

Seule l'action directe lui permettra de les obtenir.

— Cette dernière action est encore préférable, si la dette payée ne produisait pas d'intérêts. En sa qualité de

mandataire, en effet, la caution peut réclamer les intérêts de ses déboursés courus du jour du paiement, nous l'avons dit, tandis qu'elle n'a droit qu'aux intérêts courus du jour de la demande si elle exerce l'action du créancier.

— Au contraire, l'action subrogatoire présente un avantage dans l'hypothèse examinée plus haut, où la caution réelle préférant conserver son immeuble, désintéresse complètement le créancier, bien que son immeuble soit d'une valeur inférieure au montant de la dette : comme subrogée, en effet, elle exercera les droits du créancier avec les garanties qui les accompagnent, tandis que comme gérant d'affaires elle doit prouver que le paiement a été utile et avantageux au débiteur.

73. — Ajoutons en terminant que pour pouvoir exercer un recours quelconque contre le débiteur principal, la caution réelle, comme la caution personnelle, doit avertir du paiement par elle fait ou des poursuites dirigées contre elle. Si elle ne le fait pas, elle perd tout recours contre le débiteur, si celui-ci paie une seconde fois, ou si au moment du paiement il avait des moyens pour faire déclarer la dette éteinte. Dans ce dernier cas il ne reste à la caution que son action en répétition contre le créancier (2031).

74. — *Action en décharge.* — Il n'est pas nécessaire pour que la caution puisse agir contre le débiteur qu'elle ait dû verser au créancier le montant de la dette garantie, ou qu'elle ait subi les poursuites hypothécaires ; il suffit qu'elle ait la juste crainte d'être obligée de payer. C'est ce qui résulte de l'art. 2032, ainsi conçu:

— « La caution, même avant d'avoir payé, peut agir « contre le débiteur pour être par lui indemnisée et « déchargée : 1° lorsqu'elle est poursuivie en justice « pour le paiement ; 2° lorsque le débiteur a fait faillite « ou est en déconfiture ; 3° lorsque le débiteur s'est obligé « de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ; « 4° lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance « du terme sous lequel elle avait été contractée ; 5° au « bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a « point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obliga- « tion principale ne soit pas de nature à pouvoir être « éteinte avant un temps déterminé. »

75. — A la question de savoir si cet article est applicable au cas de cautionnement réel, les auteurs répondent de façons opposées :

— D'après les uns (1) la sûreté donnée pour la dette d'un autre constitue une obligation accessoire qui, à défaut de stipulation contraire, doit durer autant que l'obligation principale ; c'est par exception qu'il en est autrement dans les cas énumérés par l'art. 2032, quand il s'agit de cautionnement ; on ne saurait donc étendre cette disposition.

— En faveur de la thèse opposée, se prononcent Troplong (n° 416), Ponsot (n° 278) et Dalloz (Répertoire n° 33). Nous adopterons cette seconde manière de voir, car il y a entre la situation de la caution réelle et celle de la caution personnelle une analogie complète au point de

(1) Pont, IX, n° 298.

vue de leur obligation : si l'une est obligée d'acquitter une dette dont elle n'a retiré aucun profit, l'autre est tenue, pour éviter l'expropriation, de donner une somme d'argent dont elle n'a pas reçu l'équivalent ; elles ont donc droit, aussi bien l'une que l'autre, à la protection du législateur, et il serait injuste de refuser à l'une d'elles la faveur contenue dans l'art. 2032, faveur qui a précisément pour but de protéger celui qui s'oblige pour autrui.

— Nous retrouvons ici les motifs d'équité qui expliquent l'introduction dans notre matière du bénéfice de discussion ; mais nous ne rencontrons plus, comme à la page 78, les limitations qui nous ont forcé à n'accorder ce bénéfice qu'à la seule caution simple : aussi croyons-nous pouvoir appliquer cet article à toutes les cautions, aussi bien à la caution solidaire qu'à la caution réelle.

— Au surplus, nous comprendrions l'opinion de Pont et Marcadé, s'il devait résulter de l'application de l'art. 2032 à la caution réelle un préjudice pour le créancier ; mais il est loin d'en être ainsi. Le but de la demande de la caution, en effet, est d'obtenir sa décharge (1) et, à son défaut, une indemnité ; or, la décharge ne sera accordée par le créancier que s'il est payé par son débiteur : le résultat sera donc de hâter le paiement, ce qui ne saurait déplaire au créancier. Si le débiteur est dans l'impossibilité de payer, la mainlevée ne sera consentie par le créancier que si celui-ci obtient de nouvelles garanties ; il n'aura donc rien à y perdre.

(1) Dans le cas du cautionnement réel, cette décharge consistera dans la mainlevée de l'inscription.

Ainsi la caution réelle pourra invoquer l'art. 2032 ; et cela, aussi bien dans le cas où elle sera intervenue sur la demande du débiteur, que dans celui où elle sera intervenue à son insu.

Ce dernier point est discuté ; mais la grande majorité des auteurs se prononce pour l'affirmative, car il est évident que la personne qui rend un service spontané et sans être sollicitée, mérite autant de faveur que celle qui s'engage sur la prière du débiteur.

Nous refuserons au contraire ce bénéfice à la personne qui s'est obligée malgré le débiteur, car on ne saurait faire supporter à ce dernier les conséquences désavantageuses d'un acte auquel il s'est opposé.

Nous connaissons ainsi les effets du cautionnement réel entre la caution et le débiteur. Il nous reste pour terminer notre chapitre à examiner dans le paragraphe suivant les effets entre les cofidéjusseurs.

§ III. — *Effets du cautionnement réel entre les cofidéjusseurs.*

76. — La caution qui, après avoir désintéressé le créancier, exerce un recours contre le débiteur et n'obtient pas satisfaction par suite de l'insolvabilité de ce débiteur, a-t-elle quelque autre chance de se faire indemniser?

L'art. 2033 répond à ce sujet : « Lorsque plusieurs per-
« sonnes ont cautionné un même débiteur pour une
« même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours
« contre les autres cautions, chacune pour sa part et por-

« tion. Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a « payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent. »

77. — Il est facile de résoudre la question de savoir si la caution réelle peut réclamer le bénéfice de cet article, en recherchant quelles considérations ont pu le motiver :

— Ces considérations sont de deux sortes :

Tout d'abord, il a semblé logique d'appliquer au cautionnement toutes les conséquences de la subrogation et de ne pas les limiter aux effets produits entre le débiteur et la caution. On a donc été amené à décider que la caution qui a payé serait subrogée dans les droits du créancier, non seulement contre le débiteur, mais encore contre les autres cofidéjusseurs ; et que par suite, cette caution pourrait poursuivre ces cofidéjusseurs comme l'aurait fait le créancier, c'est-à-dire chacun pour sa part et portion.

En second lieu il a paru équitable d'accorder à la caution une action directe contre tous les débiteurs accessoires, car tout en subissant les conséquences de sa propre obligation, la caution qui paie gère d'une certaine façon l'affaire des autres cofidéjusseurs, et doit, à ce titre, pouvoir recourir contre eux par l'action « *negotiorum gestorum contraria* ».

C'est cette idée que nous trouvons développée par Pothier (annoté par Bugnet, II, p. 244) en ces termes : « Cette « action que l'on accorde au fidéjusseur n'est pas la vraie « action *negotiorum gestorum ;* ce fidéjusseur qui a payé « la dette entière s'étant acquitté de sa propre obligation, « *proprium negotium gessit quam co-fidejussorum ;* mais « cette action est une action *utilis negotiorum gestorum*

« *quæ non ex subtili juris ratione, sed ex sola utilitatis et* « *æquitatis ratione, proficiscitur* » ; parce que, quoique le « fidéjusseur *ipsius inspecto proposito*, en payant la dette « entière, fît plutôt son affaire que celle de ses cofidéjus- « seurs, néanmoins *effectu inspecto* ayant, quant à l'effet, « géré l'affaire de ses cofidéjusseurs, en même temps « qu'il faisait la sienne, les ayant par le paiement qu'il « a fait libérés d'une dette qui leur était commune avec « lui, l'équité exige qu'ils supportent leur part de ce « paiement dont ils ont profité autant que lui. »

Ces motifs qui expliquent et légitiment l'article 2033 se rencontrent dans toutes les hypothèses où une caution a dû acquitter la dette du débiteur, quel que soit le mode de cautionnement, qu'il soit personnel ou réel ; et de quelque manière que la caution se soit libérée, soit en payant, soit en se laissant exproprier.

Nous voyons ainsi que cette façon de répondre à la question posée au commencement de ce paragraphe en remontant aux sources de l'article 2033, nous permet de donner une solution générale s'appliquant à tous les cas de cautionnement réel, que ce cautionnement ait été réalisé par un nantissement ou par une constitution d'hypothèque.

78. — Mais les auteurs n'envisageant pas cette question de la même façon, ont prévu la seule hypothèse où la caution réelle donne une hypothèque ; et considérant cette caution comme un tiers détenteur, ils se sont demandé quels rapports pouvaient exister entre la caution personnelle et cette espèce particulière du tiers détenteur.

Il nous faut exposer cette théorie des auteurs : ce sera du reste, pour nous, l'occasion de confirmer notre propre solution.

Nous allons donc, avec eux, supposer la coexistence d'un tiers détenteur et d'une caution personnelle, et après avoir établi laquelle de ces deux personnes ayant payé peut recourir contre l'autre, nous tirerons de la règle admise les conséquences qui nous permettront de décider s'il faut accorder à la caution réelle le recours contre la caution personnelle, ou à la caution personnelle, le recours contre la caution réelle.

Nous nous demanderons ensuite quels rapports peuvent exister entre une caution réelle et un tiers détenteur, en indiquant accessoirement les rapports entre deux tiers détenteurs.

Nous terminerons notre étude par la répartition de l'insolvabilité du débiteur entre les différentes cautions ou tiers détenteurs s'il y a lieu.

I. — Rapports juridiques entre une caution personnelle et un tiers détenteur.

79. — Nous supposons donc, en premier lieu, qu'un débiteur ayant hypothéqué un immeuble pour sûreté de sa dette et ayant fourni une caution à son créancier est, postérieurement à la vente par lui faite de son immeuble hypothéqué, devenu insolvable. Le tiers détenteur et la caution vont pouvoir être poursuivis à l'effet de désintéresser le créancier.

Si c'est le tiers détenteur qui paie, aura-t-il la faculté

de se retourner contre la caution personnelle et de se faire indemniser ?

Si c'est au contraire la caution qui paie, pourra-t-elle exercer son recours contre le tiers détenteur? Ou bien, celle de ces deux personnes qui aura été poursuivie devra-t-elle rester définitivement chargée du fardeau de la dette ?

On comprend le motif de douter : la subrogation aux termes des articles 1251 et 1252 se produira, en effet, aussi bien en faveur du tiers détenteur que de la caution. Si la caution personnelle qui a payé peut recourir, en vertu de la subrogation, contre le tiers détenteur, celui-ci, qui aura remboursé la caution, sera à son tour subrogé contre elle et la poursuivra dans le but de se faire indemniser. Pour éviter d'aboutir à ce circuit d'actions, devrons-nous donner à l'une de ces deux personnes une situation favorable ?

La difficulté peut se résoudre de plusieurs manières.

80. — Un premier procédé consiste à dire : Celui du tiers détenteur ou de la caution qui aura payé, étant subrogé contre l'autre, se fera rembourser par ce dernier, de sorte que ce serait celui qui n'aurait pas été poursuivi par le créancier qui supporterait toute la dette.

Le simple exposé de ce système suffit à le faire repousser, car il est manifestement illogique et injuste.

81. — Un second système plus juridique, mais aujourd'hui abandonné, permet au tiers détenteur de recourir contre la caution, mais refuse à celle-ci toute espèce de recours contre le tiers détenteur, qu'il s'agisse d'un tiers détenteur proprement dit, ou d'une caution réelle :

« En principe, dit l'auteur de cette théorie, les obligés « personnels sont plus étroitement liés que ceux qui sont « obligés *re tantum*. Ceux-ci ne sont tenus qu'à défaut de « ceux-là (arg. article 2170. V. plus loin p. 99). Ils n'ont « engagé leur chose que pour sûreté de l'engagement per- « sonnel ; quand l'engagement personnel a été rempli, leur « chose est immédiatement libérée, la dette principale « étant éteinte, l'accessoire de cette dette disparaît. » « Si « le créancier hypothécaire, continue Troplong, au lieu de « s'adresser à Primus (la caution), eût dirigé ses pour- « suites contre Secundus (la caution réelle), et que ce « dernier eût payé, il aurait une action en recours contre « les obligés personnels pour se faire intégralement rem- « bourser : contre le débiteur principal, en vertu de « l'article 2178 ; contre la caution, en vertu de la subroga- « tion légale dans les droits du créancier ; et cette subroga- « tion ne pourrait être diminuée par aucune part à lui per- « sonnelle, puisqu'il n'est pas obligé personnellement. Tout « cela est élémentaire et je m'étonne que des idées si cer- « taines, si juridiques aient été quelquefois méconnues. »

— Cela ne nous paraît pas irréfutable.

— Sans doute, l'effet du paiement est d'éteindre l'obligation principale dans la personne du créancier originaire, et par suite ses accessoires ; mais l'effet de la subrogation établie par le législateur au profit de celui qui paie pour d'autres (1251 et 2029, 2°) c'est de faire revivre, par une permission de la loi, l'obligation dans la personne de la caution qui est autorisée à la faire valoir avec tous ses accessoires. Si, du reste, le principe posé par Troplong était admis ; si la dette était éteinte définitive-

ment avec tous ses accessoires, il en résulterait que la caution n'aurait aucun recours contre les autres cautions ; or l'article 2033 établit expressément ce recours. Le législateur lui-même proclame donc la non-valeur du principe de Troplong.

— Au surplus, ce qui, d'après Troplong, tranche la difficulté, c'est que le tiers détenteur n'est pas personnellement obligé ; mais faisons remarquer encore une fois que si le tiers détenteur est étranger à la dette, il n'en est pas de même du fonds détenu par ce tiers. Or c'est le fonds et non pas la personne que poursuit le créancier au même titre que les autres cofidéjusseurs.

— Puis le même jurisconsulte présente un dernier argument qui peut se résumer ainsi : Le tiers détenteur poursuivi par l'action hypothécaire pourrait, en vertu de l'article 2170, imposer au créancier l'obligation de discuter la caution qui posséderait des immeubles hypothéqués à la même dette ; n'est-ce pas la preuve que la loi préfère le tiers détenteur à la caution, puisque celui-ci peut se soustraire au paiement, en détournant sur la caution les poursuites du créancier?

Cet argument n'a pas plus de valeur que les précédents, car, à notre avis, il se fonde sur une fausse interprétation de l'article 2170. Cet article est ainsi conçu : « Néanmoins, « le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à « la dette peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué « qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeu- « bles hypothéqués à la même dette dans la possession du « principal ou des principaux obligés, et en requérir la « discussion préalable selon la forme réglée au titre du

« cautionnement ; pendant cette discussion il est sursis à « la vente de l'héritage hypothéqué (1). »

L'erreur initiale, pensons-nous, consiste à comprendre la caution parmi les principaux obligés. « La pensée du législateur, dit Troplong, a été de faire porter les poursuites, en premier ordre, sur ceux qu'un lien personnel rend obligés au créancier, afin d'épuiser les moyens de contrainte sur les débiteurs qui, étant tenus, en même temps hypothécairement et personnellement, sont plus étroitement engagés que ceux qui ne sont tenus que comme tiers détenteurs. C'est en ce sens que la loi entend parler des principaux obligés. Elle met les tiers détenteurs en face des obligés personnels et hypothécaires, et elle donne à ceux-ci la qualification d'obligés principaux, parce qu'en effet le lien principal, qui est le lien personnel, pèse sur eux, tandis que les autres n'ont qu'une obligation accessoire comme tiers détenteur. »

— La même opinion est formulé par Pont et Marcadé, d'après lesquels la caution n'est qu'un débiteur accessoire par rapport au débiteur direct, mais devient elle-même un débiteur principal par rapport au tiers détenteur.

Constatons que le sens donné à cette expression par

(1) Il résulte des termes mêmes de cet article qu'un tiers détenteur ne saurait demander la discussion des biens se trouvant entre les mains d'un autre tiers détenteur, car il est impossible de ranger les tiers détenteurs parmi les principaux obligés.

Au surplus, il ne saurait en être autrement, car le second tiers détenteur dont on viendrait discuter les biens sur la demande du premier poursuivi invoquerait à son tour le bénéfice de discussion à l'encontre de ce premier tiers détenteur, et l'on aboutirait ainsi à une sorte de cercle vicieux.

les jurisconsultes que nous venons de nommer, ne repose sur aucune raison sérieuse. Nulle part, dans le code, on ne trouve l'expression de principal obligé, comme comprenant à la fois le débiteur principal et la caution ; loin de là, la caution est généralement opposée au débiteur principal. Il n'est pas en outre admissible que le législateur ait pu entendre par principaux obligés des personnes qui ne sont pas tenues de la dette pour elles-mêmes.

On ne saurait donc argumenter de l'art. 2170 pour refuser à la caution réelle la subrogation contre le tiers détenteur.

— Mais, ajoutent certains auteurs, si l'on ne trouve pas dans l'art. 2170 cette préférence de la loi en faveur du tiers détenteur, elle résulte clairement de l'art. 2023, d'après lequel la caution ne peut requérir la discussion des biens qui sont entre les mains du tiers détenteur. Si, dit-on, la loi ne permet pas à la caution d'éviter les poursuites en faisant intervenir le tiers détenteur, c'est donc qu'elle juge que la caution doit supporter définitivement la dette ; s'il était possible, en effet, à la caution de recourir contre le tiers, elle serait évidemment autorisée à le mettre en cause au moment des poursuites.

Cet argument serait sans réplique, si le législateur, en écrivant l'art. 2023, avait eu en vue la situation respective des cautions et des tiers détenteurs ; or il n'en est rien. Les travaux préparatoires montrent que les rédacteurs se sont préoccupés uniquement de l'intérêt du créancier, voulant que ce dernier n'eût pas trop à souffrir du bénéfice de discussion.

« C'est un bénéfice; il doit donc être restreint dans de

« justes limites, et la loi qui l'accorde peut y mettre telles « conditions qu'elle juge convenable.

« C'est une dérogation au droit que devrait avoir « le créancier de réclamer l'exécution au moment de « l'échéance, tant contre la caution que contre le débiteur. « Veillons du moins à ce que la dérogation ne soit pas plus « onéreuse au créancier que l'équité ne le permet.

« Tels furent les motifs qui firent adopter généralement « dans l'ancienne jurisprudence que la caution avancerait « les fonds nécessaires pour la discussion et ne pourrait « demander qu'une discussion qui fût de nature à être « prompte et facile.

« Le projet de loi n'introduit pas à cet égard un droit « nouveau. » (Fenet, t. XV, p. 69.)

Ainsi est écarté l'argument que l'on pourrait tirer de l'interprétation littérale du texte.

— Ajoutons, en terminant, qu'on peut soulever une dernière objection, pour écarter le recours de la caution contre le tiers détenteur. L'art. 2033, peut-on dire, est un texte qui établit une faveur exceptionnelle; il doit donc être maintenu dans les limites de la loi, et ne s'appliquer qu'aux seules cautions. A cela nous répondrons que ce texte, loin d'être exceptionnel, n'est que l'application pure et simple faite au cautionnement du principe général posé par l'article 1251, 3° (1).

(1) Disons dès maintenant que cette objection s'adresse, non pas seulement au tiers détenteur, mais encore à la caution réelle qui n'est pas, dit-on, une véritable caution et n'est donc pas visée par le texte en question.

Répondons que, même en voyant dans cet article une disposition

Ayant ainsi repoussé l'opinion de Troplong, d'après laquelle le tiers détenteur devrait être préféré à la caution, il nous reste à prouver que la caution personnelle a un recours contre le tiers détenteur. Mais auparavant il nous faut écarter une théorie intermédiaire d'après laquelle la dette se partagerait entre le tiers détenteur et la caution.

82. — Le tiers détenteur, dans ce système, a le droit d'exiger que la caution contribue pour moitié avec lui au paiement de la dette ; et de son côté la caution peut exercer l'action hypothécaire contre le tiers détenteur, sauf à supporter elle-même sa part de la dette. Autrement dit le tiers détenteur et la caution ayant des droits égaux à la subrogation, il faut partager la dette entre eux, et, par conséquent, ne donner à celui qui aurait payé qu'une subrogation pour partie.

83. — Cette opinion ne nous paraît pas plus admissible que la précédente, car il existe, et nous arrivons ainsi à la justification de notre propre manière de voir, il existe une différence évidente entre la situation de la caution et celle du tiers détenteur.

— D'une part, en effet, le tiers détenteur est l'ayant cause du débiteur principal, comme étant le représentant de l'immeuble hypothéqué par le débiteur lui-même ; d'où il résulte que la caution, subrogée dans tous les droits du créancier contre le débiteur (2029), se trouve subrogée dans

exceptionnelle, il faudrait l'appliquer à la caution réelle, car ce n'est pas la caution réelle qui est poursuivie, mais l'immeuble, lequel constitue une véritable caution, comme nous l'avons souvent répété.

tous les droits contre l'immeuble grevé, quelle que soit la personne du propriétaire.

— D'autre part, la caution n'étant obligée qu'accessoirement, ne doit supporter le fardeau de la dette que si le débiteur principal ou les biens par lui engagés n'y peuvent suffire.

Cette différence ainsi mise en lumière nous montre déjà qu'on ne saurait considérer comme égales la situation du tiers détenteur et celle de la caution, et que la situation de cette dernière est préférable à celle du tiers détenteur, c'est-à-dire, que l'insolvabilité du débiteur doit être supportée plutôt par celui-ci que par celle-là.

— Telle est bien, au surplus, l'opinion du législateur ; nous en trouvons la preuve dans l'art. 2037. Cet article établit d'une façon certaine la subrogation de la caution aux droits hypothécaires et privilégiés du créancier, puisque, si, par suite de la faute du créancier, cette subrogation devient impossible, la caution est libérée. Or, si l'on refuse à la caution la subrogation contre le tiers détenteur, c'est établir une distinction entre les hypothèques grevant les immeubles qui sont encore entre les mains du créancier, et celles qui portent sur des biens transmis à de nouveaux acquéreurs ; le créancier pouvant impunément compromettre les secondes, tandis que la perte des premières par sa faute entraînera la libération de la caution.

Mais cette distinction n'existe pas dans l'article (1) dont voici le texte : « La caution est déchargée lorsque la

(1) Notre argument perdrait sa valeur si l'art. 2037 pouvait s'appliquer par analogie au tiers détenteur, mais nous verrons qu'il n'en est rien. (V. Chap. III, Extinction.)

« subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du « créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, « s'opérer en faveur de la caution. »

— Nous sommes amenés naturellement à conclure de cet article, que le législateur entend subroger la caution contre le tiers détenteur. Cette subrogation a, d'ailleurs, son fondement dans l'intention des parties, car la caution, en s'engageant, a entendu se réserver un recours contre le débiteur, recours garanti par les hypothèques qui peuvent exister au moment où le cautionnement est consenti, ou qui pourront être constituées postérieurement (1). C'est encore un nouveau motif de décider que la caution qui a payé peut exercer les poursuites hypothécaires, non seulement sur les immeubles restés entre les mains du créancier, mais encore sur ceux passés entre les mains de nouveaux acquéreurs.

(1) Nous repoussons, en effet, le système suivant : On prétend, dit son auteur, que le fondement de la subrogation se trouve dans l intention de la caution d'être subrogée dans toutes les hypothèques qui garantissent la créance du créancier : soit, dit-il, pour les hypothèques qui existent au moment du cautionnement; mais pour celles qui ne sont pas encore constituées, la caution n'a pas entendu se les réserver puisqu'elles n'existaient pas.

Nous répondons à cela que la caution a prétendu se réserver, non pas seulement les hypothèques qui existent au jour du cautionnement, mais encore toutes celles qui pourront advenir dans la suite ; son intention est évidemment de courir le moins de risques possible, et par conséquent de bénéficier de tous les avantages qui pourront échoir au créancier.

Au surplus nous avons dit, p. 88, que la subrogation qui se produit au moment du paiement confère à la caution réelle tous les droits du créancier existant à ce moment. par conséquent aussi bien ceux qui sont nés postérieurement au cautionnement que ceux qui existaient auparavant.

— Ajoutons que cette solution est conforme à la justice. Si le tiers détenteur, en effet, a acquis l'immeuble à titre onéreux, il avait un moyen facile d'éviter les poursuites hypothécaires en procédant à la purge; il ne l'a pas fait, c'est une imprudence dont les conséquences doivent retomber sur lui et non pas sur la caution. Si l'immeuble a été acquis, au contraire, à titre gratuit, il est impossible de préférer le tiers débiteur à la caution, car celui-là s'enrichirait au préjudice de celle-ci.

II. — Rapports juridiques entre une caution personnelle et une caution réelle.

84. — Ces motifs qui nous font refuser au tiers détenteur un recours contre la caution, tandis que nous l'accordons à la caution contre le tiers détenteur, n'existent plus quand nous sommes en présence d'une catégorie spéciale de tiers détenteur, nous voulons dire des cautions réelles.

Nous avons dit, en effet, que la préférence du législateur en faveur de la caution s'expliquait par cette constatation que la caution seule avait le droit de se prévaloir de l'article 2037, et par ce fait que le tiers détenteur avait à sa disposition le moyen de se soustraire aux poursuites hypothécaires en procédant à la purge. Or, d'une part, nous verrons bientôt que la caution réelle a le droit de se prévaloir de l'article 2037; et d'autre part nous savons que cette caution réelle ne peut pas purger : on ne pourrait par suite lui reprocher la négligence dont se rendrait coupable le tiers détenteur qui aurait attendu les poursuites.

D'où nous concluons que les motifs de préférer la caution au tiers détenteur n'existent plus quand ce tiers détenteur est une caution réelle.

Ce n'est pas à dire que la caution personnelle n'aura pas de recours contre la caution réelle ; car la subrogation existe toujours au profit de la caution, et nous avons réfuté aussi bien à l'égard de la caution réelle que du tiers détenteur les arguments de Troplong qui tendent à établir le recours de tout tiers détenteur contre la caution personnelle.

Si nous nous rappelons maintenant ce que nous avons dit précédemment, savoir que la subrogation existe au profit de la caution réelle comme de la caution personnelle nous devrons conclure, (la subrogation se produisant au profit de l'une et de l'autre, aucune cause de préférence n'existant en faveur de l'une contre l'autre,) nous devrons conclure qu'elles ont un droit égal au recours, que par conséquent celle qui l'exerce ne peut le faire que pour partie.

Cette solution se comprend du reste très bien, car l'immeuble grevé n'est engagé qu'accessoirement aussi bien que la caution personnelle ; ce sont deux cautions véritables qui se trouvent en présence l'une de l'autre, elles ont donc le droit de recourir l'une contre l'autre.

85. — *Dans quelle mesure ?* C'est ce que nous allons maintenant déterminer.

Plusieurs systèmes ont été proposés à ce sujet, sans parler de celui de Troplong qui à vrai dire ne parle pas de contribution, puisqu'il refuse tout recours à la caution

personnelle et permet au contraire à la caution réelle qui a payé de réclamer la totalité de la dette à la caution personnelle.

Il faut mentionner le système de Mourlon.

D'après cet auteur, la répartition par portions viriles ordonnée entre cautions personnelles, est impossible quand il s'agit de cautions réelles :

La véritable caution, c'est en effet le fonds hypothéqué, et ce fonds n'a cautionné la dette que jusqu'à concurrence de sa valeur. Si cette valeur est égale ou supérieure à la dette, la caution personnelle et la caution réelle contribuent au paiement par portions égales ; mais si le fonds a une valeur inférieure à la dette, il n'est plus possible de dire qu'il garantissait toute la dette et par conséquent de prétendre lui faire supporter la même part qu'à la caution personnelle tenue pour le tout. Cet immeuble sera considéré comme une caution qui ne garantirait qu'une portion de la dette et, par suite, sa contribution définitive sera proportionnelle à l'étendue de son cautionnement, c'est-à-dire à sa valeur.

Précisons ces deux hypothèses par un exemple : Une dette de 100.000 fr. a été cautionnée par Primus ; puis Secundus a consenti pour sûreté de la même dette une hypothèque sur un immeuble d'une valeur de 100.000 fr. ou plus : si la caution personnelle est tenue de payer, elle devra donner 100.000 fr. ; si la caution réelle est poursuivie, elle devra, ou payer 100.000 fr., ou délaisser son immeuble dont la valeur égale ou surpasse cette somme. Ces deux parties ayant le même intérêt à l'acquittement de la dette, la perte devra être également supportée.

Supposons, au contraire, que l'immeuble hypothéqué par Secundus n'ait qu'une valeur de 50.000 fr., la perte possible pour les deux parties n'est plus la même : elle est de 100.000 fr. pour Primus qui devra toujours payer cette somme, elle n'est que de 50.000 fr. pour Secundus qui va préférer se libérer en délaissant un immeuble de 50.000 fr., plutôt que de payer une dette de 100.000 fr. La contribution ne devra donc pas être la même pour les deux cautions.

Primus supportera les deux tiers de la dette et Secundus un tiers seulement ; c'est-à-dire que la répartition se fera proportionnellement à la totalité de la dette pour la caution personnelle, et à la valeur de l'immeuble hypothéqué pour la caution réelle.

Ce système, qui semble le plus rationnel et le plus équitable, n'a pas été admis par tous les auteurs.

— D'après Ponsot, la répartition devrait se faire par portions viriles dans tous les cas, quelle que soit la valeur du fonds hypothéqué, qu'elle soit supérieure, égale ou inférieure à la dette. « Ces fonds, dit-il, répondent tous égale-« ment de la dette principale à l'égard du créancier ; et dès « lors il n'y a pas plus de raison pour les faire contribuer « inégalement entre eux au paiement de cette dette, qu'il « n'y en aurait de faire contribuer inégalement au paie-« ment de la dette cautionnée deux cautions personnelles « de fortune inégale. »

Cette comparaison n'est pas absolument exacte : les cautions personnelles s'engagent, en effet, à acquitter totalement le montant de leur cautionnement; et quel que soit

l'état de leur fortune, leur obligation est la même. La caution réelle, au contraire, par cela seul qu'elle s'engage réellement, entend n'être tenue que sur le bien grevé ; elle limite donc par là même l'étendue de son cautionnement à la valeur de l'immeuble qu'elle hypothèque ; or dans le cas où la dette n'est pas éteinte par le débiteur, la caution personnelle devra l'acquitter elle-même ; et, si elle ne peut pas le faire intégralement, elle restera tenue, pour le surplus, sur ses biens à venir. La caution réelle au contraire qui a délaissé l'immeuble d'une valeur de 50.000 fr., tandis que la dette était de 100.000 fr., se trouve complètement libérée.

Le système de Ponsot ne saurait donc être admis.

— Il en est de même de celui présenté par Pont et Marcadé. Après avoir exposé les raisons qui semblent donner la préférence à la caution réelle (1252-2170), et celles qui paraissent au contraire privilégier la caution personnelle (2029-2037), ces auteurs concluent qu'il est difficile de sortir de ces antinomies apparentes autrement que par des distinctions. Voici donc les circonstances qui, d'après eux, « seraient propres à déterminer la préférence, tantôt en « faveur de la caution, tantôt en faveur du tiers détenteur « (caution réelle) ».

Pour savoir qui, de la caution ou du tiers détenteur, doit être préféré, il faut se reporter à la date de l'engagement de la caution et à celle de l'affectation hypothécaire.

L'affectation hypothécaire est-elle antérieure au cautionnement, la caution en s'engageant a dû compter sur la sûreté réelle appartenant au créancier, et au bénéfice de

laquelle elle pourrait plus tard prétendre par subrogation ; cette caution pourra donc recourir contre le tiers détenteur.

Est-ce le contraire qui a lieu, le cautionnement est-il antérieur à l'affectation hypothécaire ? alors c'est le tiers acquéreur qui pourra recourir contre la caution.

« Et en supposant que les deux sûretés aient été données « à la même date, c'est encore au tiers détenteur que la « préférence devrait être accordée, car en droit pur comme « aussi dans les idées de la pratique, la caution engagée « personnellement est plus strictement et pour ainsi dire « plus principalement tenue du paiement de la dette que « le tiers détenteur qui, lui, est engagé réellement et seu- « lement à raison de l'immeuble. »

Ce système nous paraîtrait rationnel s'il était proposé par les auteurs qui fixent comme fondement à la subrogation, l'intention des parties de se réserver les sûretés existantes au moment du cautionnement ; mais nous ne le comprenons plus de la part de Pont et Marcadé : ces auteurs admettent, en effet, avec nous (v. p. 105, v. Pont, n° 272) « qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les sûretés qui « garantissaient la dette au moment du cautionnement et « celles que le créancier se serait fait consentir depuis. « Comme subrogée au créancier, la caution exerce les « droits et actions de ce dernier : le principe est absolu ; et « par conséquent, la subrogation fait passer aux mains du « fidéjusseur subrogé les sûretés nouvelles aussi bien que « celles qui existent à la date du cautionnement. »

Dès lors il nous semble que la caution subrogée a le droit d'exercer son recours, quelle que soit la date à laquelle la sûreté ait pu intervenir.

Telle est bien, au surplus, la pensée du législateur, qui établissant le recours des cautions personnelles les unes contre les autres, les traite toutes également, sans se préoccuper de la date de leurs engagements. Pourquoi établirait-on une règle différente, quand l'une se trouve être un immeuble ?

Pour nous résumer, rappelons donc que, d'après nous, la répartition se fera par moitié entre la caution personnelle et la caution réelle, lorsque l'immeuble hypothéqué par celle-ci sera d'une valeur supérieure ou au moins égale au montant de la dette. Elle se fera proportionnellement entre la totalité de la dette pour la caution personnelle, et la valeur de l'immeuble pour la caution réelle, si l'immeuble affecté par cette dernière est d'une valeur inférieure à la dette (1).

III. — Rapports juridiques entre la caution réelle et le tiers détenteur.

86. — Envisageons maintenant les conflits qui peuvent s'élever entre les cautions réelles et les autres débiteurs accessoires.

Supposons tout d'abord en présence, une caution réelle et un tiers détenteur propriétaire d'immeubles hypothéqués à la même dette par le débiteur principal.

Si c'est la caution réelle qui paie, pourra-t-elle agir contre

(1) Nous avons supposé jusqu'ici que la caution s'engageait pour la totalité de la dette cautionnée ; mais si elle précise que son hypothèque ne garantira qu'une somme inférieure au montant de la dette, on considérera, pour faire la répartition, l'immeuble comme une caution qui n'aurait cautionné qu'une partie de la dette.

le tiers détenteur pour se faire rembourser soit la totalité, soit une partie seulement de ses dépenses, ou bien supportera-t-elle définitivement le fardeau de la dette ?

Si c'est au contraire le tiers détenteur qui désintéresse le créancier, aura-t-il le droit de se faire indemniser complètement ou partiellement par la caution réelle, ou bien demeurera-t-il sans recours ?

87. — Pour répondre à cette question, il nous faut d'abord déterminer la situation respective *de deux tiers détenteurs.*

Nous avons admis (p. 97) que la subrogation existe au profit du tiers détenteur qui a payé en vertu des art. 1251 et 1252, et la jurisprudence a établi (V. Cass. 15 janvier 1833 — Paris, 20 décembre 1834 — Paris, 19 décembre 1835) qu'elle existe complète, c'est-à-dire, non pas seulement contre le vendeur et les autres créanciers pour que ce tiers détenteur puisse opposer à l'un et aux autres le paiement par lui fait et n'être pas exposé à payer deux fois, mais encore contre tous les débiteurs de la même dette, afin de pouvoir recourir contre eux.

Il en résulte que le tiers détenteur exproprié est subrogé de plein droit contre les autres tiers détenteurs ; aussi peut-il les mettre en cause de façon à les faire contribuer au paiement ; c'est ce qu'ont décidé les arrêts de Toulouse, 19 février 1837 — Douai, 27 mai 1840 — Angers, 10 mars 1841.

Il en résulte de même que s'il a payé la totalité, il peut exercer un recours contre les autres tiers détenteurs ; c'est ce qu'a décidé un arrêt de cassation du 28 juin 1882.

— Dans quelle mesure s'exerce ce recours? Voilà où naît la difficulté.

D'après certains auteurs (M. Thézard, n° 174), le tiers détenteur étant subrogé dans tous les droits du créancier, peut recourir pour le tout contre les autres tiers détenteurs, « sans que ceux-ci puissent alléguer la possibilité « d'un recours semblable qu'ils auraient eu contre lui s'ils « avaient payé les premiers ; cette simple possibilité ne « saurait constituer pour eux un droit acquis ; sans doute, « s'ils paient eux-mêmes le subrogé, ils seront à leur tour « subrogés dans ses droits, mais diminués des garanties « irrévocablement éteintes. »

Quelle que soit l'apparente logique d'un semblable système, nous ne saurions l'adopter, car il aboutit à une injustice manifeste qui consisterait à faire supporter toute la dette par le dernier tiers détenteur poursuivi. Sans doute le créancier est libre de poursuivre le tiers détenteur qu'il lui plaît, mais il ne faut pas que son choix puisse nuire aux autres. Tous les tiers détenteurs sont dans la même situation, ce sont des obligés « *propter rem* » qui peuvent invoquer les uns envers les autres l'obligation réciproque dont ils sont tenus ; nous leur appliquerons donc la solution de l'art. 2033 qui, prévoyant une hypothèse analogue, répartit proportionnellement la dette entre les personnes qui ont couru un risque commun. Ici ce sont les immeubles qui sont tenus, le partage se fera donc proportionnellement à la valeur des immeubles hypothéqués.

La répartition doit être, en effet, proportionnelle à l'intérêt que chacun pourrait avoir à l'acquittement de la

dette, et l'intérêt n'est pas le même pour tous quand la valeur des biens hypothéqués n'est pas égale.

Tel est le principe, qui recevra toute son application quand chacun des immeubles sera d'une valeur égale ou inférieure à la dette, mais auquel nous devrons apporter une modification, dès que certain des immeubles atteindra une valeur supérieure à cette même dette. Le détenteur de ce dernier immeuble, en effet, n'est pas intéressé à l'acquittement pour toute la valeur de son fonds ; il serait donc injuste de le faire participer à la dette proportionnellement à la valeur intégrale de cet immeuble.

Prenons un exemple : Une dette de 100.000 fr. est garantie par trois hypothèques : l'une portant sur un immeuble de 50.000 fr., l'autre sur un immeuble de 100.000 fr., et la troisième sur un immeuble de 150.000 fr. Si nous appliquons la répartition proportionnelle, le détenteur du troisième immeuble supporterait à lui seul la moitié ou trois sixièmes de la dette, le détenteur du second deux sixièmes, et le détenteur du premier un sixième.

Cette répartition serait-elle équitable ? Non : le détenteur du troisième immeuble n'est pas plus intéressé à l'acquittement de la dette que le détenteur du second ; ce qui peut lui arriver de plus pénible, c'est de payer la totalité de la dette, soit 100.000 fr., car il ne délaissera pas un immeuble de 150.000 fr. pour laisser acquitter une dette de 100.000 fr. ; l'intérêt de ces deux tiers détenteurs est donc le même, leur part contributoire doit être égale.

Au principe que nous avons posé, nous apporterons donc la restriction suivante : si des immeubles ont une valeur supérieure à la dette, ils ne seront comptés dans la

répartition que comme ayant une valeur égale à cette dette.

88. — Connaissant maintenant les rapports qui existent, d'une part, entre plusieurs tiers détenteurs, et d'autre part entre le tiers détenteur et la caution, il nous sera facile de déterminer la situation respective *de la caution réelle et du tiers détenteur* (1).

Si nous ne considérions la caution réelle que comme tiers détenteur, aucun motif de préférence n'existerait en sa faveur ; mais si nous l'envisageons comme caution, nous devrons lui accorder le droit de recourir contre le tiers détenteur, lequel ne pourra jamais se faire indemniser par la caution. Les mêmes motifs, en effet, qui nous ont fait prononcer en faveur de la caution personnelle contre le tiers détenteur, existent dans le cas que nous supposons :

(1) Nous avons, à la page 76, réservé la question de savoir si le tiers détenteur proprement dit peut requérir la discussion des biens hypothéqués à la sûreté de la dette par une caution réelle ; nous sommes désormais en mesure d'y répondre.

Nous savons (voir note de la page 100) qu'un tiers détenteur ne peut envoyer le créancier discuter les biens d'un autre tiers détenteur, car on aboutirait de la sorte à un cercle vicieux ; mais cet inconvénient n'est plus à craindre quand le tiers détenteur est une caution réelle, puisque nous avons refusé à cette caution aussi bien le bénéfice de l'article 2022 que celui de l'article 2170 ; il semblerait donc que la question posée dût recevoir une réponse affirmative.

Il n'en est rien, car il ne faut pas oublier qu'aux termes de l'article 2170 le tiers détenteur ne peut requérir la discussion que des immeubles hypothéqués à la même dette demeurés dans la possession du principal ou des principaux obligés. Or nous nous sommes refusé à voir un des principaux obligés dans la personne d'une caution personnelle ; à plus forte raison dans la personne d'une caution réelle.

Le tiers détenteur ne peut donc pas envoyer discuter l'immeuble hypothéqué par la caution réelle.

tandis que le tiers détenteur peut purger, la caution réelle, aussi bien que la caution personnelle, se voit refuser ce moyen d'éviter les poursuites hypothécaires ; tandis que le tiers détenteur, ainsi que nous le verrons dans le chapitre suivant, ne peut invoquer l'art. 2037, la caution réelle, de même que la caution personnelle, a le droit de s'en prévaloir.

Et si, malgré ces raisons, on voulait objecter que la caution réelle est cependant un tiers détenteur, tenu « *propter rem* », nous rappellerions qu'il existe entre les deux cette différence, que le tiers détenteur est l'ayant cause du débiteur principal, tandis que la caution réelle n'est qu'un débiteur accessoire (1).

Nous n'admettrons donc pas la répartition de la dette entre la caution réelle et le tiers détenteur comme entre deux tiers détenteurs, et nous accorderons le recours à celle-là contre celui-ci, comme si nous étions en présence d'un tiers détenteur et d'une caution personnelle.

IV. — Rapports juridiques entre deux cautions réelles.

89. — Il ne nous reste plus qu'une hypothèse à envisager, celle où deux cautions réelles se trouveront avoir garanti la même dette. Celle-ci qui a payé a-t-elle alors

(1) Faisons remarquer ici que cette opinion devrait être admise par les auteurs qui accordent le recours au tiers détenteur contre la caution personnelle, sous prétexte que les obligés « *propter rem* » sont tenus moins étroitement que le débiteur accessoire ; dans notre hypothèse, en effet, les deux détenteurs ne sont engagés que «*propter rem* », mais l'un est ayant cause du débiteur principal, et l'autre simple débiteur accessoire.

un recours contre l'autre, et ce recours s'étend-il à la totalité de la dette, ou seulement à une partie ?

Il est de toute évidence qu'en principe il n'y a aucun motif de préférer une caution réelle à une autre ; leur situation respective est la même, le seul motif d'inégalité qui pourrait exister proviendrait de la différence de date de leur cautionnement. Or, si nous envisageons ces cautions réelles comme cautions, la date ne saurait établir une cause de préférence en faveur de l'une ou de l'autre, l'article 2033 accordant un recours sans se préoccuper de la date des engagements respectifs, comme nous l'avons déjà dit et répéterons bientôt.

Si nous les considérons comme tiers détenteurs, nous avons admis que le recours existe entre eux sans qu'on ait à se préoccuper de savoir si tel engagement est postérieur à tel autre.

Les cautions réelles ont donc les mêmes droits l'une contre l'autre, c'est-à-dire que la première poursuivie aura un recours contre la seconde, et que ce recours ne saurait s'élever à la totalité de la dette, car ce serait préférer la première poursuivie.

Quelle sera l'étendue de ce recours ?

Il est facile de le déterminer en revenant à la même comparaison.

En tant que tiers détenteurs, nous leur appliquerons la solution précédemment donnée (p. 115).

En tant que cautions, il faudra les soumettre à l'article 2033, aux termes duquel « la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions chacune pour sa part et portion (2033) », c'est-à-dire proportionnellement à

son cautionnement. Or, nous avons répété bien des fois que, dans l'hypothèse d'un cautionnement réel, c'est l'immeuble qui constitue la véritable caution. C'est dire que la répartition entre cautions réelles sera proportionnelle à la valeur des immeubles hypothéqués.

90. — Nous avons ainsi envisagé toutes les situations dans lesquelles peut se trouver une caution réelle.

Il nous reste, avant de terminer ce chapitre, à dire, en quelques mots, à quelles conditions se trouve subordonné le recours de la caution.

Il faut, en premier lieu, que la caution ait « acquitté la dette (2033) », c'est-à-dire, en ce qui concerne la caution réelle, qu'elle ait laissé l'action hypothécaire suivre son cours, ou bien que, poursuivie, elle ait préféré payer le créancier.

Remarquons que cette caution réelle ne saurait exercer son recours tant qu'elle n'est que poursuivie (1), car l'action « *negotiorum gestorum* » ne prend naissance qu'au moment où la caution réelle a effectivement géré les affaires d'autrui ; et d'autre part, la subrogation ne saurait se produire avant le paiement.

— Il faut, en second lieu, pour que la caution ait droit au recours, que le paiement ait été fait dans l'un des cas énoncés par l'article 2032.

91. — Nous avons précédemment limité l'étendue du

(1) Elle peut alors exercer une action en décharge (article 2032-1°). (Voir page 90.)

recours de la caution, mais nous avons négligé de prévoir une hypothèse qui, d'après certains auteurs, devrait amener une dérogation à la règle que nous avons posée.

Cette hypothèse est celle où la caution qui a payé s'est fait *expressément* subroger dans les droits du créancier qui avait recours solidaire contre toutes les cautions ; cette caution qui a payé a-t-elle alors contre ses cofidéjusseurs (sous la déduction de sa part) la même action solidaire ? Une réponse négative s'impose.

La division imposée par l'article 2033 est, en effet, une faveur pour les cofidéjusseurs, qui ne peut leur être enlevée par une convention qui leur est étrangère, étant passée entre la caution qui paie et le créancier.

Du reste, la subrogation expresse n'ajoute rien à la subrogation légale ; l'une et l'autre ont les mêmes effets, et pas plus la première que la deuxième ne saurait permettre un recours total à la caution qui a payé, contre ses cofidéjusseurs, car il faut éviter, dans l'un et l'autre cas, de se heurter à un circuit d'actions que l'article 2033 a précisément pour but de prévenir.

Si le système opposé, dont M. Toullier s'est fait le défenseur, était admis, la caution qui, ayant payé, voudrait poursuivre pour le tout, sous la déduction de sa part, l'un de ses cofidéjusseurs, devrait accorder à celui-ci la subrogation complète, et par cela seul le droit d'exercer contre elle-même pour obtenir le remboursement de ce que ce fidéjusseur aurait payé au delà de sa part, de sorte qu'elle serait ainsi poursuivie par le cofidéjusseur qu'elle aurait précédemment fait payer. C'est précisément ce circuit d'actions que la loi, établissant l'équité entre toutes les cautions, a

voulu éviter, en imposant un recours partiel contre chaque caution pour sa part seulement.

Et l'intention du législateur, il est rationnel de l'admettre, a été d'éviter cet inconvénient et cet illogisme, non pas seulement au cas de subrogation légale, mais même au cas où la caution pourrait se prévaloir d'une subrogation expresse.

92. — Il nous reste encore deux réflexions très générales à faire pour préciser complètement les effets du cautionnement réel.

Au cas d'insolvabilité d'une des cautions, la perte en résultant se répartit entre la caution qui a désintéressé le créancier et les autres cofidéjusseurs.

93. — Enfin la caution qui a payé, ou qui a été expropriée, a son recours contre tous les autres cofidéjusseurs, même ceux qui sont intervenus postérieurement.

Il y a de cela plusieurs raisons. Tout d'abord, l'article 2033 ne distingue pas. En second lieu, ce paiement fait par la caution a eu pour effet de libérer tous les fidéjusseurs, aussi bien les derniers intervenus que les premiers ; il est donc juste que les uns et les autres contribuent au paiement. Enfin, si nous considérons que le recours accordé aux cautions les unes contre les autres est une conséquence de la subrogation légale, il faut admettre que cette subrogation confère au fidéjusseur qui a payé, les droits du créancier non seulement sur les cautions antérieures à son engagement, mais encore sur celles qui sont intervenues postérieurement.

On ne saurait objecter que la caution qui a payé ne peut recourir contre les autres cautions postérieures, parce qu'en s'engageant elle n'a pu compter sur leur concours. Nous avons déjà répondu, en effet, à cet argument, que la caution en s'engageant entend sè réserver, non pas uniquement les sûretés qui existent au moment où elle contracte, mais aussi toutes celles qui pourront advenir dans la suite.

CHAPITRE III

EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT RÉEL.

94. — Les causes d'extinction du cautionnement réel peuvent se grouper en deux catégories.

Dans la première de ces catégories, nous rangerons les causes qui découlent de son caractère de contrat réel. Dans la seconde, nous classerons celles qui se rapportent à son caractère de cautionnement.

SECTION PREMIÈRE.

Causes d'extinction du cautionnement réel résultant de son caractère de contrat réel.

95. — En tant que contrat réel, notre cautionnement s'éteindra dans le cas de perte de l'objet sur lequel porte le droit réel, en faisant toutefois une restriction pour l'hypothèse où cette perte résulterait de la faute ou de la négligence de la caution, cas dans lequel cette caution resterait obligée.

Si la sûreté fournie par la caution réelle est une hypothèque, le cautionnement « s'éteindra par la renonciation du créancier à l'hypothèque, par l'accomplissement des formalités de la purge, par la prescription » (art. 2180).

Ce sont là des notions générales qu'il suffit de rappeler. Mais il est nécessaire de donner quelques explications à propos de l'extinction du cautionnement réel par la prescription de l'hypothèque.

96. — Les règles à appliquer en matière de prescription de l'hypothèque, lorsque cette hypothèque a été constituée par une caution réelle, sont en effet très difficiles à déterminer. Le silence complet du législateur à cet égard, l'obscurité qu'il a laissé régner sur la portée véritable de l'article 2180 rendent délicate la tâche de l'interprète.

Le législateur a envisagé les deux cas suivants :

L'immeuble hypothéqué est aux mains du débiteur; l'immeuble hypothéqué est aux mains d'un tiers.

Il n'a pas songé au cas où cet immeuble se trouverait dans les mains d'une caution réelle, laquelle n'est pas un tiers, puisqu'elle a consenti la constitution, et qui, d'autre part, n'est pas débitrice, puisqu'elle n'est tenue que « *propter rem* ».

Dans le premier alinéa de l'article 2180, le législateur établit une connexité complète, au point de vue de la durée, entre la créance et l'action hypothécaire : la vie de l'une et de l'autre sont liées indissolublement; elles ne peuvent s'éteindre qu'en même temps. Le législateur a voulu indiquer nettement que, vis-à-vis du débiteur, l'hypothèque ne pourrait se prescrire avant la créance.

Dans le deuxième alinéa, la pensée du législateur est moins claire. Cette subordination de la créance à l'hypothèque disparaît. Sans doute, si la créance est éteinte par prescription, l'action hypothécaire s'éteint également;

mais l'hypothèque peut, d'autre part, s'éteindre avant la créance, le tiers détenteur pouvant prescrire contre le créancier hypothécaire sans que ce dernier perde sa créance.

Quelle sera la nature de cette prescription ?

Tel est le point qu'il s'agit d'abord d'étudier, afin de savoir si nous pourrons appliquer une prescription de ce genre à la caution réelle.

Logiquement, cette prescription devrait être extinctive ; le créancier, étant resté 30 ans sans mettre en mouvement son action hypothécaire, devrait perdre un droit dont il est resté si longtemps à ne pas user ; le tiers détenteur profiterait de cette négligence, sa propriété deviendrait libre par suite de l'extinction des droits réels qui la grevaient.

Mais telle n'a pas été la solution du législateur : il a voulu voir, dans la prescription de l'hypothèque, une prescription acquisitive s'opérant au profit d'un tiers détenteur ; il a exigé que ce tiers ait pendant les délais requis une possession conforme à l'article 2229.

De là toutes les difficultés : la conception du législateur n'étant pas conforme à la logique du droit, on est très embarrassé lorsqu'on veut faire découler de cette conception défectueuse la solution de cas non prévus.

Le législateur, en effet, semble être parti de cette idée que la propriété d'un bien grevé d'hypothèque est une propriété incomplète, et que la possession prolongée devrait faire acquérir ce quelque chose qui manquait au droit de propriété depuis la constitution de l'hypothèque.

De quelle possession s'agit-il alors ?

Ce ne doit pas être de la possession de l'immeuble,

puisque, pour acquérir un droit par prescription, c'est ce droit lui-même qu'il faut exercer pendant le temps requis, c'est ce droit qu'il faut posséder. Dans le cas qui nous occupe, pour acquérir par prescription ce qui manque à sa propriété, pour pouvoir se prévaloir de ce droit dont il se sent privé, c'est ce droit que le tiers détenteur aurait dû exercer indûment pendant 10, 20, 30 ans.

Mais cette possession du droit qu'il s'agit de prescrire, comment, dans notre matière, pourrions-nous la concevoir?

L'hypothèque, en effet, est envisagée ici dans un sens négatif ; ce n'est pas son existence que va invoquer le prescrivant, mais bien son inexistence ; et dès lors comment peut on parler d'une possession ? Comment peut-on parler de l'usurpation d'un droit, alors que le détenteur n'en avait aucun à exercer, qu'il ne pouvait en réalité jouer qu'un rôle passif, subir des poursuites qu'il n'aurait pu éviter, si elles avaient été exercées ? Que ces poursuites, à l'expiration d'un temps déterminé, deviennent impossibles, soit ; et alors nous voyons bien que le créancier perd un droit, mais nous ne voyons pas que le détenteur en acquière aucun ; nous voyons bien une prescription extinctive, mais pas de prescription acquisitive.

Dans ces conditions, nous avons peine à comprendre l'exigence du code relative à la possession.

Tout cela est une critique de la loi ; mais nous n'avons pas à refaire la loi, nous devons seulement l'appliquer. En interprètes dociles, nous exigerons la possession de l'immeuble, bien entendu, puisque c'est la seule possible. Dès lors, un détenteur propriétaire (et c'est le seul cas que

nous envisagerons, la caution réelle ayant dû hypothéquer un immeuble lui appartenant), un détenteur propriétaire pourra, suivant l'expression de l'ancien droit, prescrire sa libération soit par 30 ans, soit par 10 ou 20 ans. Pour la prescription trentenaire, aucune difficulté ; il suffira que le propriétaire du fonds grevé ait possédé ce fonds pendant 30 ans sans avoir subi de poursuites hypothécaires, pour qu'il soit dorénavant à l'abri de semblables poursuites.

Pour la prescription de 10 à 20 ans, il n'y a guère plus d'incertitude ; que vont devenir, en notre matière, les conditions de juste titre et de bonne foi ? Il ne saurait être question, puisque le détenteur est en même temps propriétaire, d'exiger de lui le juste titre et la bonne foi relativement à la possession de l'immeuble ; on ne peut lui imposer ces deux conditions que relativement à la possession de l'immeuble en tant qu'immeuble *libre* de toute affectation hypothécaire.

La bonne foi consistera, dès lors, dans l'ignorance où l'acquéreur se trouvait lors de son acquisition de l'existence de charges hypothécaires. Quant au juste titre, il est de toute impossibilité d'en concevoir un ici ; ce qu'il s'agit d'acquérir par prescription, c'est un droit négatif, le droit de n'être pas poursuivi hypothécairement ; comment donc alors parler de titre d'acquisition de ce droit ?

— Ceci posé, prenons le cas d'une caution réelle : quelle règle allons-nous lui appliquer ?

Nous écarterons d'abord l'alinéa 1 de l'article 2180 par 4, écrit en vue des seuls débiteurs.

Allons-nous pouvoir lui appliquer l'alinéa 2 de ce même article ? Il est certain, d'abord, que notre caution ne

pourra pas invoquer la prescription de 10 à 20 ans ; car elle ne saurait être de bonne foi, ayant consenti elle-même l'hypothèque.

Mais ne devrons-nous pas aller plus loin, ne devrons-nous pas refuser à la caution réelle le bénéfice de la prescription trentenaire? Ne serons-nous pas obligés d'admettre que l'hypothèque par elle consentie ne pourra se prescrire indépendamment de la dette qu'elle a voulu garantir?

C'est à cette solution que nous conduit le respect des principes posés par le législateur.

Voici en effet, en s'attachant scrupuleusement à la manière de voir du législateur, le raisonnement qui s'impose : Le détenteur doit, pour arriver à sa libération, avoir possédé pendant un certain temps son immeuble, comme si cet immeuble était libre de toute charge ; c'est à cette condition qu'un détenteur finit par acquérir le droit de n'être jamais poursuivi. Or la caution réelle, vis-à-vis du créancier hypothécaire, ne possède pas l'immeuble en tant qu'immeuble libre, elle le possède en tant qu'immeuble grevé, puisque c'est elle-même qui a consenti à le grever. Sa possession est donc entachée d'un vice et ne pourra jamais lui permettre de prescrire, car nul ne peut se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession (art. 2240).

— En conséquence, son hypothèque reste dans un état de subordination absolue par rapport à la créance ; il n'y a plus pour l'hypothèque de prescription distincte de la prescription de la créance.

Tel est le résultat qu'entraîne ce caractère de prescription acquisitive attaché par le législateur à la pres-

cription de l'hypothèque : résultat regrettable, puisqu'il prive la caution réelle d'un bénéfice dont elle est, en somme, aussi digne que tout autre tiers détenteur.

— Il y aurait, en effet, intérêt pour la caution réelle à pouvoir exercer la prescription acquisitive plutôt que la prescription extinctive, bien qu'elles s'accomplissent l'une et l'autre par le même laps de temps.

Cet intérêt se manifeste à un double point de vue :

D'abord, relativement au point de départ de la prescription ; puis en ce qui concerne l'interruption de cette prescription.

Si la caution réelle pouvait invoquer la prescription acquisitive de l'art. 2180 (parag. 4, alinéa 3), l'immeuble serait affranchi après une possession de 30 années qui commenceraient à courir le jour de la constitution de l'hypothèque, sans qu'on ait à se préoccuper des modalités accompagnant l'obligation garantie.

Si, au contraire, la caution réelle ne peut se prévaloir que de la prescription extinctive, de la prescription de la créance elle-même, le point de départ des 30 années nécessaires à la prescription se place au jour où le créancier a eu le droit d'exercer l'action hypothécaire, c'est-à-dire à l'arrivée de la condition si l'obligation était conditionnelle, à l'échéance si elle était à terme.

De plus, si la prescription accordée à la caution réelle était acquisitive, c'est-à-dire distincte de celle qui peut se produire au profit du débiteur, les actes d'interruption dirigés contre le débiteur n'interrompraient pas la prescription qui s'accomplit au profit de la caution réelle ; mais cette prescription étant seulement extinctive, c'est-

à-dire produisant l'extinction de l'hypothèque comme conséquence de la disparition de la créance garantie, les actes susceptibles d'interrompre la prescription de l'obligation principale, interrompent par là même la prescription de l'hypothèque. — Ainsi, par exemple, l'interpellation faite au débiteur principal, ou la reconnaissance par lui de l'existence de la dette, interrompent la prescription contre la caution réelle (2250).

Ce point seul donnait matière à discussion parmi les causes d'extinction des hypothèques, et par suite du cautionnement réel : nous examinons donc immédiatement les cas dans lesquels le cautionnement réel prendra fin, en tant que cautionnement.

SECTION DEUXIÈME

Causes d'extinction du cautionnement applicables au cautionnement réel

97. — Là encore il nous suffira de rappeler les règles générales.

Les modes d'extinction du cautionnement peuvent se ranger en deux classes : les causes d'extinction indirectes et les causes d'extinction directes.

98. — Les *premières* sont une conséquence du caractère accessoire du cautionnement ; ce contrat ne peut exister indépendamment d'une obligation principale qu'il vient garantir ; il s'éteint donc avec elle.

Ainsi, le cautionnement réel prend fin par le paiement

de la dette effectué par le débiteur, par l'acceptation, de la part du créancier, d'une dation en paiement (2038), par la compensation, par la remise de la dette, par la perte de la chose due, si cette perte résulte d'un cas fortuit (1).

99. — Le cautionnement réel s'éteint aussi *directement* par les mêmes causes que les autres obligations (2034).

Par exemple, si la caution réelle paie (au sens propre du mot) le créancier, ou si elle satisfait à son obligation en se laissant exproprier, elle se trouve libérée : de même si le créancier fait remise de sa dette à la caution réelle, autrement dit, s'il renonce à son hypothèque, l'immeuble grevé se trouve affranchi.

100. — Enfin, à notre avis, la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution (2037).

Mais l'accord est loin d'exister sur ce point entre les auteurs, et tandis que les uns veulent appliquer cet article à la caution réelle, les autres lui refusent absolument cette faveur.

(1) Signalons ici une particularité :

Dans le cas de confusion entre la personne de la caution réelle et celle du débiteur principal, le cautionnement, tout en disparaissant, ne fait perdre au créancier aucune garantie ; tout au contraire. La sûreté réelle consentie subsiste, en effet, tout entière, et la caution réelle, perdant sa qualité de caution, perd en même temps le droit d'opposer au créancier les exceptions que cette qualité pouvait lui permettre de faire valoir, par exemple l'exception tirée de l'article 2037.

Parmi ces derniers, il nous faut citer surtout Troplong, dont nous allons exposer et discuter la théorie.

On peut résumer ainsi son argumentation :

Dans l'ancien droit romain, la fidéjussion était un contrat unilatéral par lequel le créancier recevait un avantage, mais ne prenait aucun engagement ; ce créancier n'était donc pas obligé à conserver ses actions pour les céder au fidéjusseur : il était simplement tenu, lorsque, par suite de l'insolvabilité du débiteur, le paiement était fait par le fidéjusseur, de céder à celui ci les actions qu'il avait à ce moment ; il n'avait plus désormais, en effet, aucun intérêt à les conserver.

Avec Justinien apparaît le bénéfice de discussion qui impose des devoirs au créancier. Tenu de discuter le débiteur quand le fidéjusseur l'exige, ce créancier ne conserve plus sa liberté d'action : pour pouvoir effectuer une discussion utile, il est bien obligé de conserver ses droits contre ce débiteur, sinon la discussion devient impossible et le fidéjusseur est en droit de lui dire : « c'est par votre faute que la discussion ne vous procure pas satisfaction ; la loi m'accorde une protection que vous avez rendue illusoire, vous ne sauriez m'en faire supporter les conséquences ». Ce créancier devra donc garder intactes toutes les garanties qui peuvent lui appartenir, afin de pouvoir exercer une discussion efficace, au cas où elle lui serait imposée. Et si le fidéjusseur préfère payer sans demander la discussion, il n'est que juste que le créancier lui cède les actions conservées, car sa situation ne peut être plus mauvaise quand il ne demande pas la discussion que lorsqu'il l'exige, étant donné que cette discussion est

plutôt désavantageuse pour le créancier dont elle retarde le paiement. Cette caution devra, au moyen de la cession des actions que le créancier a conservées, trouver les mêmes ressources que le créancier aurait eues, si la caution avait exigé la discussion. De là cette règle que le fidéjusseur est déchargé quand la discussion des biens du débiteur est devenue impossible par la faute du créancier.

Ainsi, c'est le bénéfice de discussion qui est venu imposer au fidéjusseur la nécessité de conserver ses actions. C'est donc lui, le véritable fondement de cette exception de cession d'actions.

Par suite, toutes les cautions qui ne peuvent profiter du bénéfice de discussion restent obligées, même quand la subrogation aux actions du créancier est devenue impossible.

Telle est, d'après Troplong, la philosophie de la loi, que le bon sens de l'interprète trouve en réfléchissant, suppléant ainsi au silence du code qui s'est contenté de marcher sur les traces du droit romain, d'ordonner sans raisonner.

— Nous croyons que Troplong s'est trompé dans son interprétation ; car s'il est remarquable, d'une part, qu'il est resté seul de son avis, il est certain, d'autre part, que les auteurs de la loi contredisent son opinion. Et cependant, il n'est pas de meilleur moyen de connaître l'intention du législateur que de le consulter lui-même. C'est ce que nous allons faire.

— Mais, auparavant, montrons l'erreur historique commise par Troplong, en prétendant qu'à Rome, l'obligation pour le créancier de conserver ses actions dérivait du

bénéfice de discussion. Ce qui est vrai, c'est qu'au temps où la fidéjussion était seule connue, le créancier était simplement tenu de céder au fidéjusseur ses actions telles qu'il les avait au moment des poursuites. En refusant cette cession, alors qu'il n'avait aucun intérêt à le faire, et qu'elle pouvait être utile au fidéjusseur, le créancier, dans ses poursuites contre ce fidéjusseur, s'exposait à se voir repousser par l'exception de dol. Mais s'il laissait périr ses actions, il n'encourait, de ce chef, aucune responsabilité, la fidéjussion, contrat de droit strict, n'engendrant aucune obligation à sa charge.

Lorsque la pratique, en vue de remédier à quelques inconvénients de la fidéjussion, eut imaginé le « *mandatum pecuniae credendae* », la situation respective du créancier et de la caution se modifia.

Dans le « *mandatum pecuniae credendae* », le créancier est le mandataire de la caution ; c'est pour obéir aux ordres de cette caution qu'il a consenti à devenir créancier ; et par suite, s'il n'est pas payé par son débiteur, il pourra se retourner contre son mandant par l'action « *mandati contraria* ». — Or, c'est là une action de bonne foi ; pour que ce recours du créancier contre son mandant soit efficace, il faut que ce créancier n'ait à se reprocher aucune négligence dans l'exécution de son mandat ; il faut qu'il ait conservé intactes ses actions contre le débiteur, afin de pouvoir les transmettre à la caution, si celle-ci l'exige. Il résultait de là que, dans la mesure où il avait été en faute, le créancier pouvait se voir repousser par son mandant, lors de son recours contre lui, par l'exception dite « *cedendarum actionum* ». N'est-ce pas là

justement le principe posé par notre article 2037 ? et ne voyons-nous pas que, tout au moins en cas de cautionnement obtenu par « *mandatum pecuniae credendae* », ce principe était connu à Rome bien avant que Justinien eût introduit ou restauré le bénéfice de discussion ? Il est vrai qu'avant cette époque, au cas de fidéjussion ordinaire, il n'y avait rien de semblable ; le fidéjusseur ne pouvait pas réclamer la cession des actions et il était obligé de les recevoir telles qu'elles se comportaient au moment des poursuites, sans pouvoir reprocher au créancier de les avoir compromises. Mais lorsque plus tard, grâce aux réformes de Justinien, les différents procédés de cautionnement tendirent à se confondre, le fidéjusseur se trouva bénéficier des avantages dont jouissait seul le *mandator* d'autrefois, et, dès lors, sans que l'introduction du bénéfice de discussion en fût la cause, le principe qui devait être consacré par notre article 2037 devint, en droit romain, d'une application générale en matière de cautionnement personnel.

Le seul progrès que nous ayons réalisé en cette matière, c'est qu'à Rome la cession des actions du créancier devait être demandée, tandis que, dans notre droit, elle s'opère légalement ; c'est le principe de la subrogation légale consacré par notre article 1251.

Il est donc dès maintenant établi que l'article 2037, indépendant du bénéfice de discussion, a une origine toute différente de celle que voulait lui assigner Troplong.

— Et cependant, fortifiant encore notre théorie par de nouveaux arguments, si nous trouvons la tradition historique conforme à notre manière de voir, laquelle, au dire de Troplong, a une grande importance, si nous

montrons l'intention des rédacteurs de rattacher la règle de l'article 2037 à l'exception « *cedendarum actionum* », si enfin nous établissons le peu d'analogie qui existe entre le bénéfice de discussion et l'exception de l'article 2037, nous serons bien forcé de reconnaître que cette exception ne saurait dépendre en aucune manière du bénéfice de discussion, et que, dès lors, il est impossible d'admettre la règle d'après laquelle l'article 2037 serait inapplicable à toutes les cautions qui ne jouiraient pas du bénéfice de discussion.

— Or, si nous remontons à notre ancien droit, nous lisons dans Pothier (annoté par Bugnet, II, p 295) : « Si le créancier s'est mis par son fait hors d'état de pouvoir céder au fidéjusseur ses actions, soit contre le débiteur principal, soit contre les autres fidéjusseurs, soit parce qu'il les a déchargées, soit parce qu'il a par sa faute laissé donner congé de sa demande contre eux, le fidéjusseur peut, « *per exceptionem cedendarum actionum* », faire déclarer le créancier non recevable sur sa demande pour ce qu'aurait pu procurer au fidéjusseur la cession des actions que le créancier s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder. »

Pothier accorde donc bien l'exception *cedendarum actionum* et n'établit pas de distinction entre les cautions qui auraient le bénéfice de discussion et celles qui ne l'auraient pas.

Il va même plus loin et accorde cette exception au tiers détenteur, c'est-à-dire à une personne qui ne peut invoquer le bénéfice de discussion ; d'après lui, il n'y a donc pas de corrélation entre cette exception et ce bénéfice.

Il est vrai que Troplong objecte : Mais nos législateurs n'ont pu s'inspirer des raisons de Pothier, puisqu'il n'en donne pas (n° 538) et n'a cherché à en donner aucune.

Nous pourrions d'abord répondre que, sans s'inspirer des motifs de Pothier, ils ont pu s'inspirer seulement de sa décision essentiellement équitable.

Mais il y a mieux à faire, et nous constaterons que Pothier a su donner une raison excellente, du reste, et que voici : La personne qui consent à cautionner une dette déjà garantie par des sûretés diverses, compte sur ces sûretés pour lui assurer un remboursement, au cas où elle serait appelée à payer : il serait donc injuste que le fait du créancier vînt la priver de ce moyen de recours.

Mais Troplong ne se tient pas pour satisfait et là encore fait une objection. C'est une pétition de principe, dit-il ; pourquoi la caution compte-t-elle sur ces garanties, puisque le créancier ne promet pas de les lui conserver ? rien ne l'y autorise.

Admettons pour un instant la justesse de cette observation, mais alors elle vient aussi bien à l'encontre du système de Troplong que du nôtre.

La caution qui jouit du bénéfice de discussion ne peut pas compter que le créancier conservera tous ses droits pour discuter utilement le débiteur. D'une part, en effet, le créancier n'a pas promis de conserver ses sûretés ; d'autre part, aucun texte de loi ne lui impose cette obligation ; cette caution ne sera donc pas déchargée si le créancier s'est mis dans le cas de ne pouvoir procéder à la discussion.

Ayant ainsi remarqué que la critique faite par Troplong détruirait aussi bien son système que le nôtre, remarquons en même temps que son argument principal établit aussi bien notre théorie que la sienne.

Cet argument est le suivant : la caution qui a droit au bénéfice de discussion doit être déchargée quand, par la faute du créancier, l'exercice de ce bénéfice est devenu impossible. Nous dirons, nous : la caution qui compte sur la subrogation aux garanties du créancier, doit être déchargée, quand, par la faute du créancier, cette subrogation ne peut s'accomplir. En s'engageant, la caution compte, pour assurer son recours, sur les différentes faveurs que la loi lui accorde : le bénéfice de discussion, de division, de cession d'actions ; si le créancier porte atteinte à l'une ou à l'autre de ces garanties, la caution ne doit pas en souffrir, et elle est libérée, soit que le bénéfice de discussion, soit que le bénéfice de cession d'actions ne puisse plus être exercé.

Revenant à la raison donnée par Pothier pour justifier sa décision, nous ajouterons que cette raison constituerait, en effet, une pétition de principe s'il l'avait tirée d'un texte de loi, mais il ne se préoccupe pas des textes et ne s'appuie que sur l'équité. — D'après les lois romaines, le créancier peut renoncer à ses garanties, car il n'est engagé à rien vis-à-vis de la caution ; il n'a envers elle qu'un devoir d'humanité auquel il satisfait en lui cédant les sûretés qui lui restent au moment du paiement. Eh bien! Pothier ne croit pas qu'une semblable règle soit juste : il pense que la caution ne consentirait pas à s'engager si on lui expliquait le droit exorbitant qui demeure au créan-

cier ; il conclut donc que, pour conformer le droit à l'équité, il faut abandonner la doctrine romaine.

Le code avait à choisir entre cette législation de Rome et le droit de Pothier ; ses rédacteurs nous diront bientôt quel parti ils ont entendu prendre (v. p. 142).

— Mais Troplong veut auparavant discuter l'idée même d'équité sur laquelle s'appuie Pothier, et contester que sa décision y soit conforme. Laissons-lui la parole : « Pothier, en effet, dit avec sa bonhomie charmante : cette obligation du créancier de céder ses actions est fondée sur cette règle d'équité, qu'étant obligés d'aimer tous les hommes, nous sommes obligés de leur accorder toutes les choses qu'ils ont intérêt d'avoir, lorsque nous pouvons les leur accorder sans qu'il en coûte rien » (Pothier, n° 519).

« Comment, reprend alors Troplong (n° 536), Pothier peut-il dire qu'il n'en coûte rien au créancier lorsqu'il le constitue le procureur du fidéjusseur, lorsqu'il lui commande une vigilance plus grande que pour ses propres affaires, lorsqu'il le punit par la perte de son droit, de ce qu'il a usé de ce droit sans penser à conserver les intérêts du fidéjusseur » ?

Pothier va-t-il aussi loin que cela ? Non.

Il ne punit même pas le créancier de sa négligence ; la seule chose qu'il lui demande est de ne pas renoncer à ses garanties. N'est-ce pas plutôt prendre son propre intérêt ? Car si la caution devient insolvable, et si ce créancier a renoncé à ses autres garanties, il se trouvera lésé, dans l'impossibilité d'obtenir un paiement. — Dans un cas pourtant, il faut le reconnaître, Pothier rend le créancier responsable de sa négligence et décharge la caution : c'est

lorsque les fidéjusseurs ont mis, par une sommation, leur créancier en demeure de faire à leurs risques et périls des actes conservatoires de ses droits. Mais il n'y a rien là de contraire aux intérêts du créancier, il ne lui en coûte rien ; la simple humanité lui commande donc de rendre le service qu'on lui demande, puisqu'il n'aura pas à en souffrir.

— Troplong fait une dernière objection à laquelle il sera facile de répondre. D'après lui, cette obligation de conserver ses sûretés détruit le droit qu'a un créancier légitime, d'en disposer selon ses intérêts et ses sentiments, sans porter atteinte à la bonne foi.

Répétons que l'intérêt de ce créancier est de n'y pas renoncer, puisque la caution peut devenir insolvable et compromettre ainsi son paiement. S'il en dispose, ce sera donc au profit du débiteur, afin de favoriser son crédit, ou au profit d'un tiers. Dans l'un et l'autre cas, c'est une générosité dont il doit supporter les conséquences ; on ne peut l'autoriser à faire des largesses avec l'argent d'autrui. Est-il besoin d'ajouter que s'il renonce à ses garanties dans le but de nuire à la caution, celle-ci ne doit pas souffrir de son dol ?

De tout ce qui précède il résulte que la solution de Pothier se justifie sans difficulté, et qu'elle n'est pas atteinte par les objections de Troplong.

— Concluons donc qu'on ne peut faire dépendre le bénéfice de cession d'actions du bénéfice de discussion, puisque le droit romain et l'ancien droit français nous montrent qu'il n'y a pas de rappports entre les deux institutions.

— Et en admettant même l'opinion de Troplong, d'après laquelle, à Rome, l'exception de cession d'actions serait

une conséquence de l'introduction du bénéfice de discussion, il n'en résulterait pas que nous devions adopter les conséquences de cette origine.

« Le code a marché sur les traces du droit romain, dit Troplong, il ne pouvait s'en écarter. » Nous ne voyons pas pourquoi, car le législateur est libre, et n'est pas lié par la législation à laquelle il emprunte une institution.

A ce point de vue, du reste, n'est-il pas remarquable que bien souvent notre code a repoussé les règles étroites du droit romain, d'après lequel il fallait s'en tenir strictement aux termes employés, pour y substituer, au contraire, le principe plus logique et plus juridique, d'après lequel le juge doit rechercher l'intention des parties?

N'est-il pas dès lors plausible d'admettre que les rédacteurs ont entendu, placés entre le système du droit romain et le système de Pothier, se rallier à ce dernier, plus conforme au principe dont nous venons de parler? N'est-il pas plausible d'admettre qu'ils ont entendu laisser de côté le système romain, qui faisait, de la déchéance du créancier, un corollaire du bénéfice de discussion, applicable par conséquent à quelques fidéjusseurs seulement, pour adopter l'opinion de Pothier qui en fait une sanction du bénéfice de cession d'actions, par suite applicable à tous les fidéjusseurs, ainsi que nous l'avons indiqué?

— Demandons donc aux rédacteurs eux-mêmes de nous répondre.

Interrogeons d'abord Treilhard. « Nous avons vu, dit-il, que le paiement fait au créancier devait opérer une subrogation de droit au profit de la caution ; le créancier n'est donc plus recevable à la poursuivre quand, par son fait, il

s'est mis dans l'impossibilité d'opérer cette subrogation. » (Locré, *Législation de la France*, XV, p. 330, n° 23.)

Est-il possible de dire plus clairement que ce commentaire officiel de la loi, que l'article 2037 est une conséquence de la subrogation?

C'est exactement la même pensée que nous trouvons exprimée par Chabot : « Quand le créancier, dit ce rapporteur de la section de législation du Tribunat, s'est mis hors d'état de faire à la caution la *subrogation* de ses droits et hypothèques, la caution est déchargée ; alors elle n'aurait plus un recours aussi assuré contre le débiteur, et il est juste que le créancier, s'il veut la contraindre à lui payer la dette, lui confère tous ses droits contre le principal obligé. » (Locré, XV, p. 349, n° 26.)

Si nous demandons sur quoi les législateurs basent leur décision, nous allons apprendre que c'est sur l'équité, motif indiqué déjà par Pothier. « Le fidéjusseur, dit Lahary, doit sans doute s'interdire tout ce qui pourrait compromettre la garantie de l'obligation qu'il a cautionnée; mais, de son côté, le créancier ne doit-il pas s'interdire aussi tout ce qui tendrait à ravir au fidéjusseur les moyens d'être indemnisé du cautionnement qu'il a fourni? C'est pour maintenir entre eux ce *devoir de réciprocité* que le projet décharge le fidéjusseur de son obligation lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en sa faveur. » (Locré, XV, p. 388, n° 29.)

— Il semble qu'après ce témoignage des auteurs de la loi, il soit inutile d'insister, et pourtant il existe encore d'autres arguments en faveur de notre opinion.

Nous en trouvons un dans les termes mêmes de l'art. 2037. Rappelons que le créancier est tenu de discuter le débiteur, mais le débiteur seulement ; et admettons un instant que le bénéfice de subrogation soit la conséquence du bénéfice de discussion, et que, par suite, tous ceux qui jouissent du second aient droit à se prévaloir du premier. Si nous supposons alors que le créancier cède une garantie qu'il a contre un tiers, la caution restera obligée, puisque, par là, le créancier ne compromet nullement le résultat de la discussion des biens de son débiteur ; nous allons donc à l'encontre des dispositions de l'art. 2037 qui décharge la caution même dans ce cas, car il n'oblige pas le créancier à conserver ses sûretés contre le débiteur seulement, mais toutes ses sûretés sans distinction. Troplong lui-même admet cette solution qui pourtant porte profondément atteinte au système qu'il soutient. Si dans cette circonstance, en effet, l'article 2037 trouve son application, il faut pourtant reconnaître que le bénéfice de discussion n'y a joué aucun rôle.

— Ce n'est pas la seule conséquence inadmissible qu'entraîne le système de Troplong, il en est d'autres encore, et nous citerons la suivante, également repoussée par cet auteur.

L'art. 2037 ne saurait s'appliquer, si le créancier renonçait à une hypothèque portant sur un immeuble situé hors du ressort de la Cour d'appel, car, aux termes de l'art. 2023, la caution qui requiert la discussion ne doit pas indiquer ces biens, et pourtant voilà une conséquence qui est unanimement repoussée.

—L'art. 2037, d'après le système de Troplong, ne devrait

pas davantage s'appliquer à la caution simple, dans le cas où il s'agirait de sûretés constituées sur des biens qui, ayant été aliénés par le débiteur, ne seraient plus susceptibles de former l'objet d'une réquisition de discussion. Car, en renonçant à de pareilles sûretés après l'aliénation de ces biens par le débiteur, le créancier ne porte, par son fait, aucune atteinte au droit de discussion. (Aubry et Rau.) Eh bien, dans ce cas encore, on admet qu'il y a lieu d'appliquer l'art. 2037.

— Signalons enfin une dernière objection à faire au système de Troplong.

Tandis que l'exception de discussion est simplement dilatoire, puisqu'elle tend à différer l'action du créancier jusqu'après la discussion, et non pas à l'écarter définitivement, l'exception de subrogation, au contraire, est essentiellement péremptoire, en ce qu'elle opère la décharge de la caution. Comment deux prescriptions si différentes pourraient-elles être liées indissolublement ?

Concluons donc que l'origine de l'article 2037 a son fondement non pas dans le bénéfice de discussion avec lequel il n'a pas d'analogie, et dont les rédacteurs n'ont pas parlé, mais dans la subrogation légale, dont il est une conséquence que la logique et l'équité exigeaient impérieusement.

Mais là encore il nous faut faire justice d'un argument de Troplong. D'après cet auteur, en effet, l'art. 2037 ne saurait dériver de la subrogation légale, et voici pourquoi :

Le code a substitué une cession de plein droit à la cession qui, en droit romain, devait être requise par la cau-

tion ; or, avant l'institution du bénéfice de discussion, le droit du créancier de disposer de ses garanties n'était pas restreint par l'obligation où était le créancier de céder ses actions ; la subrogation légale, qui remplace l'ancienne cession d'action, ne saurait avoir une plus grande vertu.

Ce raisonnement singulier conduit à des conséquences imprévues : c'est dire, en effet, qu'un législateur qui emprunte à une législation quelconque une institution, n'a pas le droit de la modifier et de l'étendre, et nous arrivons alors à la conclusion suivante : avant Justinien, le bénéfice de discussion existait et il ne restreignait pas le droit du créancier de disposer de ses garanties ; quand ce bénéfice fut rétabli par Justinien, il n'a pu se voir attribuer une vertu plus grande que la première fois ; et sous le code, il ne peut pas entraîner des effets qui ne se produisaient pas à son origine ; donc l'art. 2037 ne pouvait être rédigé par les législateurs.

De tout ce que nous venons de dire, il résulte que si l'on peut refuser à la caution réelle le bénéfice de l'article 2037, ce n'est pas parce que cette caution réelle est privée du bénéfice de discussion.

Il faut trouver une autre raison, et voici celle que l'on donne :

L'art. 2037, dit-on, est un texte exceptionnel dont les dispositions ne sauraient s'étendre ; il faut donc l'appliquer uniquement aux personnes qu'il vise, par conséquent aux cautions proprement dites.

Eh bien, non ! ce n'est pas un texte exceptionnel. Nous avons dit que le bénéfice organisé par cet article trouvait

son fondement dans la subrogation légale, et les rédacteurs l'ont, eux-mêmes, déclaré. Or cette subrogation existe au profit de toutes les personnes qui, étant tenues avec d'autres ou pour d'autres, ont payé la dette, par conséquent au profit de toutes les cautions, même des cautions réelles ; l'art. 2029 ne distingue pas, en effet, et fait simplement l'application au cautionnement du principe général posé par l'art. 1251 (1).

— L'article 2037, sanction du droit à la subrogation, doit donc s'appliquer à toutes les cautions qui ont la subrogation, par conséquent aux cautions réelles. Celles-ci, du reste, comme toutes les autres cautions, ne se sont engagées que parce qu'elles comptaient sur les garanties qui appartenaient ou pourraient advenir au créancier ; il est donc juste que si le créancier les prive de ses garanties, elles n'en supportent pas les conséquences.

De plus, le motif d'équité qui a fait introduire l'art. 2037, et sur lequel se sont appuyés et Pothier et les rédacteurs, c'est-à-dire la réciprocité des devoirs entre le créancier et la caution, existe aussi bien, qu'il s'agisse d'une caution réelle ou d'une caution proprement dite.

(1) Cette considération a même entraîné certains auteurs à accorder le bénéfice de l'article 2037 à toutes les personnes qui peuvent se prévaloir de la subrogation, et en particulier au tiers détenteur (voir Ponsot, n° 331).

Nous n'irons pas jusque-là, car on se heurte à une iniquité commise à l'égard du créancier : quand il s'agit d'une caution, on comprend que ce créancier soit obligé de conserver ses actions pour les lui céder, puisque cette caution les a escomptées avant de s'engager ; mais il n'en est plus de même quand il s'agit d'un tiers détenteur, celui-ci n'ayant pas contracté avec le créancier, et ce créancier pouvant même ignorer l'existence de ce tiers détenteur.

La Cour de cassation se refuse, du reste, également à voir dans l'art. 2037 un texte exceptionnel. Se plaçant au point de vue spécial du préjudice causé, elle regarde l'art. 2037 comme une application des art. 1382 et 1383 du code civil, s'appliquant, par conséquent, à tous les cautionnements.

Dans deux arrêts du 17 août 1836 et du 20 mars 1843 (il s'agissait non pas de cautionnement réel, mais de cautionnement solidaire), elle disait : « En droit général, chacun est responsable du dommage causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ; or le recours de la caution, solidaire (on peut dire aussi bien réelle) ou non, peut être compromis et même annihilé par la négligence du créancier à conserver les droits attachés à sa créance. Ce principe général de rigoureuse justice et d'équité consacré par l'art. 1383 est spécialement appliqué au cautionnement par l'art. 2037. »

Cet argument se trouve reproduit dans un arrêt de la Cour de Pau, du 21 janvier 1884 (1).

Nous considérons donc désormais comme établi, que l'art. 2037, sanction du principe de la subrogation légale

(1) Voir Dalloz, 1885-2-77.

Cet arrêt tire une conséquence de ce principe général : « S'il ne « paraît pas douteux que l'article 2037 soit applicable à la caution so- « lidaire, il faut aussi reconnaître que la déchéance qu'il prononce « contre le créancier, n'est que la réparation envers la caution du « préjudice que lui a causé le fait dudit créancier, fait par suite du- « quel elle est privée d'un recours efficace contre le débiteur ; il suit « de là que si l'abstention reprochée au créancier hypothécaire n'a « causé à la caution aucun préjudice, la sanction édictée par l'article « 2037 ne doit plus être appliquée. »

accordée à toute caution, ne saurait être considérée comme un texte exceptionnel.

— A tous ces arguments en faveur de notre thèse, s'il est besoin d'en ajouter de nouveaux, on peut encore présenter les suivants qui ont bien leur valeur.

Et tout d'abord, notons que le sens grammatical de l'art. 2037 est favorable à notre interprétation : il est clair et s'applique à toutes les cautions, sans distinction.

De plus, notre interprétation est conforme à l'intention des parties, la caution ayant entendu garder par devers elle une chance de salut en étant subrogée aux droits du créancier.

— Enfin cette manière de voir favorise le crédit, réalisant ainsi les vues du législateur. Celui-ci, en effet, a eu pour but, en réglant le cautionnement, de « faciliter et multiplier les contrats ». Dans sa pensée, « la garantie que procure le cautionnement établit la confiance, qui est la base de toutes les transactions civiles. La sécurité qu'il inspire appelle la circulation des capitaux et les progrès de l'industrie » (Chabot). « Le cautionnement augmente le crédit ; il doit donc être spécialement protégé par la loi » (Goupil).

Cette protection devait consister à assurer à la caution un recours utile, sans porter atteinte au droit du créancier ; le code y est heureusement arrivé en édictant l'article 2037.

Or, restreindre le bénéfice de l'art. 2037 à un certain nombre de cautions, c'est aller à l'encontre de l'intention du législateur. Ne pas l'accorder à la caution réelle, c'est compromettre les transactions, car le cautionnement réel

aussi bien qu'un cautionnement ordinaire procure du crédit.

— Toutes ces raisons nous amènent à conclure que l'article 2037, application d'un principe général, doit s'appliquer à toutes les cautions; que son origine évidente, et indiquée du reste par les rédacteurs eux-mêmes, nous entraîne à donner cette interprétation, et que, par conséquent, il est juste de l'appliquer aussi bien à la caution réelle qu'à la caution ordinaire (1).

101. — Puisque nous appliquons à la caution réelle l'exception de l'art. 2037, il nous faut résoudre en quelques mots certaines difficultés d'interprétation.

On s'est demandé si la caution pourrait invoquer cette exception de subrogation quand la garantie abandonnée par le créancier lui aurait été consentie postérieurement au cautionnement.

D'après certains auteurs, une réponse négative s'impose, car « ce serait, ainsi que le disent MM. Aubry et Rau, donner à la disposition de l'art. 2037 une extension contraire au fondement sur lequel elle repose, que de l'appliquer à des sûretés sur lesquelles la caution n'a pu compter au moment où elle s'est engagée. »

Nous avons déjà précédemment repoussé cette opi-

(1) Dans ce sens (voir Aubry et Rau, IV, page 697), 25 novembre 1812 (Sirey, 1812-4, I, 231) et 10 août 1814 (Sirey, 1812-4, 1, 603). — Pont, IX, page 183. — Duranton, XVIII, p. 419, à la note.

La Cour de cassation se prononce en sens contraire.

nion qui est aussi celle de la jurisprudence (1), car, pour nous, la caution, en s'obligeant, compte non pas seulement sur les garanties qui existent au moment où elle s'engage, mais encore sur toutes celles qui pourront advenir au créancier dans la suite. Au surplus, l'effet de la subrogation légale n'est pas limité aux garanties existant lors du cautionnement : l'art. 2037 ne fait aucune distinction entre les unes et les autres sûretés.

102. — Un dernier point nous reste à mentionner.

— La caution est déchargée, avons-nous dit, quand la subrogation aux garanties du créancier est devenue impossible par la faute de celui-ci.

Avec la doctrine et la jurisprudence, nous comprendrons dans ce mot faute, la simple négligence (2). (Voir Pont, IX, p. 188, note 3.) Par ce seul fait, en effet, que l'art. 2037 impose au créancier l'obligation de conserver ses sûretés, il le contraint à ne pas les laisser périr par négligence.

103. — Notons enfin que la décharge de la caution ne se produira que dans la mesure de la perte par elle supportée :

C'est-à-dire que si la subrogation n'est devenue impossible que pour partie, la décharge de la caution ne se produira également que pour partie; l'équité commande cette solution. Par exemple : un créancier a une dette de

(1) Voir cassation, 17 janvier 1831 (S. 1831, I, page 97). — Cassation, 12 mai 1835 (S. 1835, I, 338). — Cassation, 27 novembre 1861 (S. 1862, I, 130).

(2) Cassation, 7 juillet 1862 (S. 1862, I, 729). — Cassation, 23 février 1857 (S. 1857, I, 359).

50,000 fr. garantie par une caution pour 30,000 fr., et pour 20,000 fr. par une hypothèque ; le créancier renonce à l'hypothèque ; la caution n'est plus tenue que pour 10,000 fr., car par la faute du créancier elle a perdu son recours jusqu'à concurrence de 20,000 fr.

En sera-t-il de même si, au lieu d'une caution simple, il s'agit d'une caution réelle ?

Oui, à notre avis ; la caution réelle ne saurait être complètement déchargée, puisque, nous l'avons dit, ce serait contraire à l'équité ; mais elle sera déchargée pour partie. Sans doute l'obligation consistera toujours pour elle à laisser vendre son immeuble, mais la somme que le créancier pourra prendre sur le chiffre de la vente sera égale au montant de l'hypothèque consentie par la caution réelle, diminuée du montant de la garantie abandonnée par le créancier.

104. — Pour en finir avec les causes d'extinction du cautionnement réel, il ne nous reste plus qu'à citer, sans y joindre d'explication spéciale, l'article 2039, d'après lequel : « la simple prorogation du terme accordée par « le créancier au débiteur principal ne décharge point la « caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour « le forcer au paiement.

CONCLUSION

105. — Nous avons, au cours de cette étude, rencontré une foule de difficultés causées par le silence du législateur ; constamment nous nous sommes trouvés en face de situations que le code n'avait pas prévues, et pour trouver des solutions aux questions qui se posaient ainsi, nous avons dû faire appel à des principes généraux, parfois difficiles à dégager, et dont l'application à notre matière ne paraissait pas toujours s'imposer. Comment se fait-il donc que notre législateur se soit ainsi désintéressé des questions relatives aux sûretés réelles consenties par un autre que le débiteur ?

Sans doute ces procédés de cautionnement étaient à peu près inconnus de la pratique au moment de la rédaction du code civil. Mais ne faut-il pas chercher plutôt dans l'influence d'idées traditionnelles le véritable motif de la méthode adoptée par le législateur, qui, après s'être longuement étendu sur le cautionnement personnel, n'a rien dit sur le cautionnement réel ?

En consultant le droit romain, il est aisé de se rendre compte de la faveur extrême dont n'ont cessé de jouir les sûretés personnelles, tandis que les sûretés réelles ne furent jamais très en honneur.

Notre législateur, s'inspirant de ces traditions, s'appliqua à réglementer minutieusement toutes les matières relatives au cautionnement personnel seul. Les rédacteurs du code, tout en remaniant le régime hypothécaire, n'ont pas songé au cas où ces garanties hypothécaires seraient constituées par des tiers, tout au moins ils n'ont pas songé à nous indiquer les règles particulières qui devraient alors être appliquées. Le cautionnement réel, peu pratiqué à Rome, ne l'était point du tout dans l'ancien droit, et le législateur de l'an IV ne trouvant sur ce point, ni dans les coutumes, ni dans le droit écrit, aucune théorie dont il pût s'inspirer, laissa dans l'ombre une institution qui pourrait arriver, dans l'avenir, à un certain développement.

Certes le cautionnement réel n'a pas encore, dans la pratique actuelle, acquis une importance très considérable, mais il commence cependant à entrer dans nos mœurs, comme nous le faisions remarquer dans l'introduction.

S'il est vrai que les sûretés réelles tendent à se substituer peu à peu aux sûretés personnelles, comme les faits semblent vouloir l'indiquer, il n'est peut-être pas téméraire de supposer qu'il arrivera un temps où les créanciers, comprenant tous les avantages des sûretés réelles, comprenant que « *plus cautionis in re est quam in persona* », comme dit Pomponius, ne voudront plus accepter que des sûretés de ce genre.

Et dès lors, comme bien des personnes n'ont pas d'immeubles qu'ils puissent hypothéquer, comme beaucoup d'individus n'ont pas de biens dont ils puissent se priver pour les donner en gage, on verra le cautionnement réel devenir d'une pratique courante.

D'ailleurs, étant donné que, comparé au cautionnement ordinaire, il assure au créancier une garantie plus solide, que, d'autre part, il est moins onéreux pour la caution tenue seulement « *propter rem* », il n'y aurait pas lieu de s'étonner d'une semblable éventualité.

Mais, pour favoriser un pareil mouvement, il faudrait que les règles du cautionnement réel fussent bien déterminées, qu'aucune incertitude ne fût plus possible ; et pour cela il faudrait que le législateur voulût bien intervenir. Il s'occupe en ce moment d'une réforme générale de notre régime hypothécaire, réforme qui aura certainement pour résultat, lorsqu'enfin elle sera terminée, d'augmenter encore l'importance des sûretés réelles. Aussi qu'il nous soit permis, en terminant, d'émettre le vœu que les rédacteurs des lois qui se préparent, veuillent bien ne pas oublier de consacrer quelques articles à une forme de cautionnement qui a, dès maintenant, son importance, et qui est appelée à en acquérir une plus grande encore dans l'avenir.

Vu par le Président de la thèse,
F. SURVILLE.

Vu :
Par le Doyen,
LE COURTOIS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Poitiers, le 22 décembre 1896.
Le Recteur,
H. CONS.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

INTRODUCTION 1

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE DU CAUTIONNEMENT RÉEL ET SES CONDITIONS DE CONSTITUTION

Section première. — Nature juridique. 9

Section deuxième. — Conditions de constitution 30

§ 1. — Règles du cautionnement applicables au cautionnement réel. 31

§ 2. — Règles du nantissement et du contrat hypothécaire applicables au cautionnement réel. 39

I. — Règles du nantissement applicables au cautionnement réel 39

1° Le cautionnement réel se présente sous forme de gage 40

2° Le cautionnement réel se présente sous forme d'antichrèse 44

II. — Règles du contrat hypothécaire applicables au cautionnement réel 45

CHAPITRE DEUXIÈME

EFFETS DU CAUTIONNEMENT RÉEL

Section première. — Effets du nantissement et du contrat hypothécaire applicables au cautionnement réel 48

§ 1. — Effets du cautionnement réel réalisé par la remise d'un gage 48

Pages.

Droits du créancier gagiste. 49
Obligations du créancier gagiste 54
§ 2. — Effets du cautionnement réel réalisé par la remise d'un immeuble en antichrèse 56
Droits du créancier antichrésiste. 56
Obligations du créancier antichrésiste 58
Questions communes au gage et à l'antichrèse. . . 58
§ 3. — Effets du cautionnement réel réalisé par une constitution d'hypothèque 62

Section deuxième. — Effets du cautionnement personnel applicables au cautionnement réel 76
§ 1. — Effets du cautionnement réel entre le créancier et la caution 77
§ 2. — Effets du cautionnement réel entre le débiteur et la caution 82
§ 3. —Effets du cautionnement réel entre les cofidéjusseurs. 93
I. — Rapports juridiques entre une caution personnelle et un tiers détenteur. 96
II. — Rapports juridiques entre une caution personnelle et une caution réelle. 106
III. — Rapports juridiques entre la caution réelle et le tiers détenteur. 112
IV. — Rapports juridiques entre deux cautions réelles. 117

CHAPITRE TROISIÈME

EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT RÉEL

Section première. — Causes d'extinction du cautionnement réel résultant de son caractère de contrat réel 123

Section deuxième. — Causes d'extinction du cautionnement personnel applicables au cautionnement réel 130

Conclusion 152

POITIERS. — TYP. OUDIN ET Cie.